Die Begründung der Klagen

des

Reichsrechts und des gemeinen Rechts

nach dem

Reichscivilproceß.

Zweiter Band.

Die Begründung der Klagen

des

Reichsrechts und des gemeinen Rechts

nach dem

Reichscivilproceß.

Von

Dr. jur. Alfred Brinkmann,

Rechtsanwalt beim Königlichen Oberlandesgericht zu Kiel und beim Königlichen Landgericht daselbst,
sowie Notar im Bezirk des ersteren.

Zweiter Band.

Leipzig:
F. A. Brockhaus.

1883.

Inhaltsverzeichniß des zweiten Bandes.

Fünfte Abtheilung.

Das Obligationenrecht.

Sechste Abtheilung.

Das Proceßrecht.

Siebente Abtheilung.

Fünfte Abtheilung.

Das Obligationenrecht.

Vorbemerkungen.

Der Ausdruck „Obligation" hat verschiedene Bedeutungen. Man versteht darunter:

1) den Verpflichtungsact, durch welchen der Schuldner dem Gläubiger verbunden wird — pr. I. de obl. (3; 13): „Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura" —;

2) die darüber errichtete Schuldurkunde;

3) das durch den Verpflichtungsact zwischen Gläubiger und Schuldner begründete gesammte Rechtsverhältniß;

4) die Forderung des Gläubigers;

5) die Verbindlichkeit des Schuldners — l. 3 pr. D. de O. et A. (44; 7): „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum." —

Wenn man sich über die hauptsächliche und maßgebende Bedeutung streitet, so ist ein solcher Streit ohne Zweck; jedenfalls für mein Thema ganz werthlos.

Auch die hervorgehobenen verschiedenen Bedeutungen haben für dieses Thema keinen sonderlichen Werth. Bei einer Cession scheint die unter 4 angegebene Bedeutung in den Vordergrund zu treten. Falls dies auch wirklich richtig sein sollte, was ich jedoch noch nicht zugeben kann, so wüßte ich doch keine besonderen Consequenzen für die Begründung der Klage daraus zu ziehen. Auch anderweitig nicht, indem ich insbesondere eine Singularsuccession in eine Obligation als möglich negiren müßte. Wenn Windscheid — Die Actio des römischen Civilrechts vom

Standpunkt des heutigen Rechts (Düsseldorf 1856) — eine solche Singularsuccession annimmt, so ist diese dem Römischen und heutigen Recht sowie dem natürlichen Wesen der Obligation widersprechende Auffassung bereits von Anderen genügend widerlegt — vgl. Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des Römischen und heutigen Rechts (Leipzig 1856) —.

Der unter 1 bezeichnete Verpflichtungsact ist ein möglicherweise sehr verschiedener. Insbesondere kann er seinem Grunde nach

A. auf Verträgen und verwandten Verhältnissen,

B. auf unerlaubten Handlungen und verwandten Fällen,

C. auf verschiedenen anderen Umständen (variis causarum figuris) beruhen. Diese Eintheilung der Obligationen liegt dem Römischen System und dieser Schrift zu Grunde.

Was die Vertragsobligationen anbetrifft, so ist die Eintheilung derselben in einseitige und zweiseitige nicht erheblich genug, um sie dem ferneren System zu Grunde zu legen. Auch stehen die Obligationen mit möglichen actiones contrariae einer scharfen Scheidung jener entgegen. Für alle Fälle, insbesondere auch für diese Schrift, ist die Eintheilung nach den Gründen eine so hervorragend wichtige, daß sie unmöglich zurückgesetzt werden darf. Vgl. auch Schweppe, Das Römische Privatrecht, 3. Ausgabe (Altona 1822), §. 410. Ebenso Thibaut und Mackeldey. S. andererseits u. A. Keller, Pandekten (Leipzig 1861), §. 220.

Demnach werde ich sprechen:

a) von den Consensualverträgen und zwar

I. den Consensualcontracten des Römischen Rechts,

II. den Römischen s. g. Innominatrealcontracten,

III. der Stipulation s. w. d. a.,

IV. den s. g. pacta praetoria,

V. den s. g. pacta legitima,

VI. den s. g. pacta adjecta,

VII. den sonstigen Consensualverträgen;

b) den benannten Realcontracten;

c) dem Litteralcontract;

d) den Römischen Quasicontracten;

e) der Pollicitation.

Mein gesammtes System des Obligationenrechts schließt sich somit an das Römische möglichst genau an. Dies ist gewissermaßen etwas Zufälliges. Von Vorne herein meinte ich, das Römische System als antiquirt der Hauptsache nach unbeachtet lassen zu dürfen. Die somit unternommene selbständige Disponirung und Systematisirung hat mich aber gerade wiederum zu der vorliegenden Uebereinstimmung geführt. Daraus schließe ich, daß das Römische System einen viel größeren inne-

ren Werth hat, als man heutigen Tages anzunehmen pflegt. Z. B. kann ich gerade auch mit Rücksicht auf das heutige Recht der litterarum obligatio gar nicht entbehren; selbstverständlich auch nicht der Quasicontracte. Ja sogar die Stipulation s. w. d. a. ist nach meiner Meinung keineswegs zurückzustellen, obschon ich die Bähr'sche Theorie über die Unschädlichkeit des Mangels eines materiellen Verpflichtungsgrundes nicht billigen kann.

Andere Eintheilungen der Obligationen sind zum Theil nicht ohne Erheblichkeit für die Begründung einer Klage, z. B. die in getheilte und solidarische im weiteren Sinne, in correale und solidarische im engeren Sinne, in theilbare und untheilbare, in obligationes dandi und faciendi, in obligationes faciendi und non faciendi, in obligationes stricti juris und bonae fidei u. d. m. Jedoch sind die Unterschiede aller dieser jedenfalls nicht erheblich genug, um in Ansehung der Systematisirung eine andere Disposition, als die von mir gegebene, an die Stelle zu setzen.

Aus den Obligationen entstehen die actiones in personam, im Gegensatz gegen die actiones in rem. Für die Begründung einer Klage ist diese Unterscheidung freilich von hervorragender Erheblichkeit. In Ansehung der Zuständigkeit, der Activlegitimation zur Sache, der Passivlegitimation zur Sache, des Gegenstandes, des Verpflichtungsgrundes, des Antrages u. s. w. macht sich die Unterscheidung geltend. Da indessen die meisten Unterschiede schon anderweitig berührt sind oder in der Folge noch werden berücksichtigt werden, liegt keine Veranlassung für mich vor, hier die einzelnen Unterschiede genauer hervorzuheben.

A. Verträge[1] und verwandte Verhältnisse.

a. Consensualverträge.

I. Die Consensualcontracte des Römischen Rechts.

1. Kauf.

§. 107.

A. Actio emti.

Der Käufer hat die actio emti. Zur Begründung ist Folgendes hervorzuheben:

a) Kläger sei als Käufer activ,

---

[1] Bei allen Vertragsobligationen ist ein Consens erforderlich. Genügt er, zur Klagbarkeit, dann liegt ein Consensualcontract oder ein pactum vestitum vor;

b) Beklagter als Verkäufer passiv zur Sache legitimirt.

c) Beansprucht werde die Ueberlieferung (traditio) der gekauften Sache[2], d. i. die Einräumung der possessio vacua[3], welche nicht mit Recht avocirt werden könne[4], nebst Zubehör[5] und dem commodum rei[6], d. i. den Accessionen seit der Perfection des Kaufs. Diese sind genauer anzugeben oder doch vor der Execution näher zu liquidiren.

Zu dem commodum rei gehören auch die Früchte, z. B. die Jungen

---

sonst muß noch etwas Anderes hinzukommen, um eine obligatio civilis zu begründen (res, verba, litterae), aber dies macht den Consens nicht überflüssig. L. 1 §. 3 D. de pact. (2; 14).

[2] Beim Verkauf einer Erbschaft kommt es bezüglich der Quantität im Zweifel auf die Zeit des Verkaufs, nicht des Todes oder der Antretung an. L. 2 §. 1 D. de hereditate vel actione vendita (18; 4). Wenn der Pupillarsubstitut die Erbschaft des Testators verkauft hat, so gebührt dem Käufer im Zweifel nicht auch die des Pupillen. L. 2 §. 2 D. eod. l. Beansprucht der Käufer die Erbschaft im größeren Umfange, so muß er die entsprechende Absicht der Contrahenten besonders begründen.

[3] Wenn der Käufer, dem tradirt ist, in Folge der Regel: „Kauf bricht Miethe" sich vacua possessio verschaffen könnte, so liegt hierin kein rechtmäßiger Hinderungsgrund für Anstellung der act. emti gegen den Verkäufer darauf hin, daß dieser ihm die vacua possessio verschaffe, eventuell das Interesse leiste. Aus der l. 13 D. de distractione pignorum et hypothecarum (20; 5) folgt nicht, daß der nicht besitzende Pfandgläubiger, der verkauft hat, sich von der Verpflichtung, dem Käufer zu tradiren, durch Cession befreien könne, sondern nur, daß er cediren müsse. Die Frage, wann dies genügend sei, ist in der l. 13 nicht beantwortet. Vgl. auch Schl.-Holst. A. v. 1865, S. 353 fg. und S. 384 fg.

[4] L. 2 §. 1, l. 3 pr. §. 1—2, l. 11 §. 2 D. de actionibus emti et venditi (19; 1). Wird auf Uebertragung des Eigenthums geklagt, so müßte dafür ein besonderer Grund angegeben werden, z. B. daß solche speciell bedungen sei. Ebenso wenn auf Errichtung eines schriftlichen Contracts geklagt wird.

[5] Ob beim Verkauf von Waaren die Verpackung als mitverkauft zu betrachten sei, ist quaestio facti. Ist dies der Fall, so muß selbige als Pertinenz behandelt werden. Wenn der Verkäufer eines Grundstücks sich bisher eines beim Verkauf nicht ausgeschlossenen Weges über ein anderes (einer Servitut über ein fremdes; nach Art einer Servitut über ein eigenes) bedient hat, so kann der Käufer, dem das Grundstück ohne Weg tradirt ist, sich selbst den Quasibesitz des Wegerechts verschaffen. Wird er daran von Jemandem gehindert, so hat er als interdictum adipiscendae quasi-possessionis das interdictum, quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto. L. 2 §. 3 D. de interdictis s. e. a. (43; 1).

[6] L. 67 D. de contrahenda emtione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt (18; 1). L. 13 §. 13 D. de act. emti et vend. (19; 1). Dazu können auch zu cedirende Klagen gehören. L. 7 §. 13 D. comm. div. (10; 3). Ein nach Abschluß des Kaufs vor der Uebergabe gefundener Schatz gebührt dem Käufer nicht. Wenn er ihn mitverlangt, so müßte sein Antrag anderweitig, z. B. durch die Behauptung einer speciellen Uebereinkunft, begründet werden.

von Thieren.[7] Der Käufer kann sie daher von der Perfection des Kaufs an verlangen.[8] Daß die Früchte dem Verkäufer bis zur festgesetzten Zeit einer späteren Tradition verbleiben sollen, ist eine freilich häufige Ausnahme, die dann aber Verkäufer geltend machen müßte.[9]

Wenn der Verkäufer auf Schadensersatz (das Interesse)[10] wegen Nichterfüllung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zusage[11] oder wegen Dolus oder in Ansehung der natürlichen Obliegenheiten des Verkäufers auch wegen Culpa belangt wird, so muß der Schaden näher specificirt und der Regel nach zu Geld veranschlagt angegeben werden. Das Interesse kann möglicherweise in einer Rescission und Redhibition bestehen.[12] Dazu gehört dann andererseits aber auch Rückgabe des Pretiums.

Desgleichen kann die Rücklieferung einer Arrha Gegenstand der Klage sein. Wird hierauf geklagt, so ist anzugeben, daß eine solche geleistet sei und ein Grund zur Rückgabe vorliege, etwa ein ausdrückliches oder stillschweigendes pactum adjectum, daß sie nach Zahlung des Pretiums zurückgegeben werden solle und daß dies bezahlt sei oder daß die Contrahenten den Kauf rückgängig gemacht hätten.[13]

Es kann auch auf Auslieferung, bezw. Vorlegung der den verkauften Gegenstand betreffenden Urkunden und auf genauere Bezeichnung der Gränzen von Grundstücken geklagt werden.[14]

---

[7] C. 16 C. de actionibus emti et venditi (4; 49).
L. 3 §. 1, l. 13 §. 10 D. de act. emti et vend. (19; 1).

[8] L. 38 §. 8 D. de usur. (22; 1).

[9] Zu den Früchten gehört auch der von dem verkauften Grundstück gewonnene Dünger. Der Käufer hat also darauf einen Anspruch, sofern derselbe von der Perfection an gewonnen ist, es möchten denn die Früchte erst seit einem späteren Zeitpunkt dem Käufer zufallen sollen. Der Dünger kann aber auch Pertinenz sein, wenn er nämlich zur Cultur des verkauften Grundstücks dienen soll. Dann würde Käufer ihn beanspruchen können, obschon er bereits vor der Perfection gewonnen war. Bei ländlichen, nicht auch bei städtischen Grundstücken würde diese Pertinenzqualität im Zweifel anzunehmen sein. Vgl. l. 17 §. 2 D. de act. emti et vend. (19; 1).

[10] L. 1 pr. D. eod. l. Vgl. auch l. 13 pr. und l. 21 §. 3 D. eod. l.

[11] Z. B. der Verkäufer eines Grundstücks hat angegeben, es sei 100 Hektare groß, während es nur 90 enthält.
Wenn in solchem Fall durch Einen Verkauf mehrere Grundstücke verkauft sind und das Untermaß des einen durch das Uebermaß des anderen ausgeglichen wird, so hat Beklagter gegen die Klage eine Einrede der Compensation. L. 42 D. eod. l. Eine gleiche Einrede wird sogar dann gewährt, wenn das Fehlende durch Alluvion hinzugekommen ist und Verkäufer sich nicht in Dolus befand. L. 13 §. 14 D. eod. l.

[12] L. 11 §. 3, 5 und 6 D. eod. l.

[13] L. 11 §. 6 D. eod. l.

[14] L. 48, l. 52 pr. D. eod. l.

d) Der Grund bestehe darin, daß zwischen den Parteien oder deren Erblassern ein Kauf abgeschlossen sei, d. h.

1) eine näher darzulegende Einigung[15],

2) über die Gewährung des habere licere oder ausnahmsweise das dare[16] des genauer anzugebenden genügend bestimmten Gegenstandes[17],

---

[15] L. 1 §. 2, l. 9—14, l. 63 pr. D. de contr. emt. (18; 1). Für die Perfection der Einigung ist die Hingabe einer Arrha ein freilich nicht ganz sicheres Argument. Pr. J. de emtione et venditione (3; 23). — Bei Auctionen und Subhastationen ist vor dem Zuschlage eine Einigung nicht vorhanden. Vgl. Ihering, Jahrbücher, 7. B. S. 1 fg., 166 fg., 356 fg. und 376 fg. Im Zweifel, namentlich wenn die Bedingungen nicht das Gegentheil festsetzen, könnte vor dem Zuschlage das Gebot widerrufen und von Seiten des Bietenden der Zuschlag nicht erzwungen werden. Bei einer Versteigerung gepfändeter Sachen durch den Gerichtsvollzieher muß allerdings nach der C. P. O. §. 718 Abs. 1 der Zuschlag dem Meistbietenden ertheilt werden, vorausgesetzt nach §. 721, daß bei Gold- und Silbersachen ihr Gold- oder Silberwerth oder mehr geboten ist. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 718 Note 1. Ein Zuschlag auf das geringere Gebot würde nach einem höheren als verspätet nicht mehr erfolgen können. — Ob der Versteigerer auf Grund des Mehrgebots nach dieser anderen Seite hin schon in Verhandlungen eingetreten ist (wie Reuling, Noch ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung, in Ihering's und Unger's Jahrbüchern 10. B. S. 355 fg. will), muß als gleichgültig betrachtet werden. — Ist die Einigung über unwesentliche Nebenpunkte, z. B. die Zeit der Tradition, Früchte, Zinsen, Kosten u. d. m., nicht erzielt, so würde dies nur dann gleichgültig sein, wenn diese Nebenpunkte gar nicht geregelt werden sollten. Anderenfalls ist der Mangel einer Einigung über diese Punkte auch ein Hinderniß der nothwendigen vollständigen Einigung. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 210. Windscheid, Pandekten, §. 386 Note 4. Es ist aber Sache des Beklagten, einzuwenden, daß eine Einigung deshalb nicht zu Stande gekommen sei, weil jene Nebenpunkte hätten geregelt werden sollen, dies aber nicht geschehen sei.

[16] Beim dare würde jetzt fast immer ein Kauf anzunehmen sein. Nach Röm. Recht konnte die Absicht der Contrahenten auch auf einen Innominatrealcontract gerichtet und für solche Absicht schon das dare allein von erheblichem und unter Umständen entscheidendem Gewicht sein. L. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. (12; 4). Da aber die bedeutenden Unterschiede des Röm. Rechts zwischen Kauf und dem contractus do ut des jetzt fast ganz beseitigt sind, so würde gegenwärtig ein Abgehen vom Kauf wegen des dare viel seltener für begründet erachtet werden können.

[17] Die Habilität desselben braucht Kläger zur Begründung der Klage nicht zu behaupten. Eine einigermaßen vollständige Uebersicht über den möglichen Gegenstand dürfte folgende Aufzählung ergeben. Dabei verweise ich im Allgemeinen auf Treitschke, Der Kaufcontract (Leipzig 1838), §§. 7—16.

I. Verkauft werden können:

a) eine einzelne körperliche ganze Sache, z. B. ein Grundstück, ein Geldstück, Geld (Fleisch, Die rechtliche Natur des Geldwechslergeschäfts, in v. Ihering's Jahrbüchern 19. B. S. 309—372), Wechsel (H. G. B. Art. 376), Werthpapiere (daselbst, und Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Han-

dels- und Wechselrechts, 30. B. S. 225—227), Coupons, wenn sie an einer Stelle, die nicht Zahlstelle ist, eingelöst werden (Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 33);

b) mehrere solche Sachen als Einheit oder als Mehrheit für Einen Preis oder mehrere Preise (Endemann a. a. O. §. 106 unter I), mag es sich um nicht vertretbare oder vertretbare Sachen handeln (H. G. B. Art. 338);

c) eine s. g. universitas facti rerum distantium (Heerde) und cohaerentium (Wagen) (l. 35 §. 6 D. de contr. emt. [18; 1]);

d) eine pars pro indiviso und pro diviso, ein Bestandtheil, eine Pertinenz oder ein sonstiges Accessorium einer Sache;

e) eine bestehende oder zu bestellende Emphyteusis, Superficies, Erbpacht u. d. m.;

f) eine zu constituirende Personal- oder Realservitut (l. 3 §. 2 D. de act. emti et vend. [19; 1]) oder die Ausübung einer in Ansehung solcher veräußerlichen Personalservitut;

g) eine Forderung (nomen);

h) eine s. g. universitas juris (hereditas, peculium, dos);

i) ein Geschäft (l. 32 D. de contr. emt. [18; 1]) mit oder ohne Firma, mit oder ohne Activa und Passiva (Endemann a. a. O. §. 17 S. 86);

k) eine spes oder alea und res sperata (l. 8 §. 1 D. eod. l.);

l) eine sonstige künftige Sache (l. 8 pr. D. eod. l.);

m) eine im Eigenthum eines Dritten stehende Sache (l. 28 D. eod. l.);

n) ein Amt (militia) (l. 52 §. 2 D. de act. emti et vend. [19; 1]);

o) der Besitz, auch an einer eigenen Sache des Käufers (l. 34 §. 4 D. de contr. emt. [18; 1]; l. 28 D. de acq. v. am. poss. [41; 2]).

II. Dagegen können nicht verkauft werden:

a) eine res extra commercium (l. 34 §. 1 D. de contr. emt. [18; 1]), es möchte denn der Verkäufer diese Eigenschaft gekannt, der Käufer aber sie nicht gekannt haben, in welchem Falle die act. emti auf das Interesse angestellt werden kann (l. 4, 5, 6 pr., l. 62 §. 1, l. 70 D. eod. l.) oder es möchten beide Contrahenten die Eigenschaft nicht gekannt haben (l. 70 D. eod. l.);

b) eine eigene Sache des Käufers (l. 16 pr. D. eod. l.), aber wohl eine Sache, an der Käufer nur den Nießbrauch oder ein ähnliches Recht hat oder eine gemeinschaftliche Sache (l. 16 §. 1, l. 17, l. 18 pr. D. eod. l.) oder eine Sache (z. B. eine verpfändete) an den Mandatar des Eigenthümers (l. 22 §. 3 D. mand. v. contra [17; 1]); wobei auch ferner noch zu beachten ist, daß der ungültige Kauf der eigenen Sache recht wohl eine bindende Feststellung des Preises sein kann, z. B. wenn bei einem Selbsthülfeverkauf wegen Säumigkeit des Käufers in Gemäßheit der Art. 343 und 354 des H. G B. der Verkäufer selbst als Käufer seiner Waare aufgetreten ist (E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 14);

c) eine Sache ohne gegenwärtige und zukünftige Existenz (l. 15 pr., l. 57 und 58 D. de contr. emt. [18; 1]); jedoch gilt beim Verkauf künftiger Sachen, wenn sie existent werden, der Verkauf als ex tunc geschlossen; auch hat Käufer die act. emti, wenn der Verkäufer die Entstehung der Sachen hintertrieben hat (l. 8 pr. D. eod. l.); endlich würde beim Verkauf einer gar nicht existirenden Forderung die act. emti auf Leistung des Interesses selbst ohne Dolus oder Culpa des Verkäufers statthaft sein (l. 4 und 5 D. de her. v. act. vend. [18; 4]; l. 74 §. 3 D. de ev. [21; 2]);

d) die väterliche oder älterliche Gewalt, sofern dies gegen die guten Sitten verstoßen würde;

3) für einen in Geld festgesetzten bestimmten Preis (pretium)[18]; sei es mit oder ohne irgend eine andere Nebenleistung, z. B. Vermiethung der gekauften Sache an den Verkäufer für einen bestimmten Preis.[19]

Ueberdies ist die Perfection[20] zu behaupten.

Die Festsetzung des Preises kann einem bestimmten Dritten oder einem unbestimmten Dritten oder einem Contrahenten überlassen sein. Im ersten Fall ist das Geschäft ein bedingtes, in den beiden anderen Fällen ein unbedingtes. Im ersten Fall wird das Geschäft nicht perfect, wenn der bestimmte Dritte den Preis nicht festsetzen will oder kann. In den beiden anderen Fällen würde, wenn der später gewählte Dritte oder der eine Contrahent den Preis nicht festsetzen wollte oder könnte, ein Anderer zu solchem Zwecke nöthigenfalls vom Gericht zu ernennen sein. Im ersten Fall liegt ein Kauf vor, in den beiden anderen Fällen ein Innominatrealcontract, der aber, sofern die Parteien von einem Kauf gesprochen haben, im Zweifel nach den Grundsätzen des Kaufs zu behandeln wäre. In allen Fällen ist der Preis von dem, der ihn fest-

---

e) eine Vormundschaft, als gegen das öffentliche Recht verstoßend;

f) eine Sache an den Vormund, Procurator oder Gestor des Eigenthümers (l. 34 §. 7 D. de contr. emt. [18; 1]) oder eine untergeschobene Person (vgl. l. 2 §. 1 D. de adm. rer. ad civ. pert. [50; 8]), wobei aber eine Collision der Interessen des Käufers mit den ihm als Vormund u. s. w. obliegenden Pflichten als Hinderungsgrund vorliegen muß (c. 5 C. de contrahenda emtione et venditione [4; 38]);

g) eine Sache an den, welcher bei dem Verkauf eine amtliche Function wahrzunehmen hat, z. B. an den die Auction, auf welcher die Sache verkauft wird, abhaltenden Beamten (l. 46 D. de contr. emt. [18; 1]; u. e. die nicht glossirte c. 7 C. de fide et jure hastae [10; 3]);

h) eine blos deferirte Erbschaft. Die Möglichkeit einer in jure cessio der hereditas legitima delata (Gaji J. II. §. 35) ist im Justinianeischen Recht auch in Betreff der anderweitigen Uebertragung der Delation beseitigt. Wenn also nicht der Verkauf der deferirten Erbschaft als pro herede gestio und demnach in Wirklichkeit als Verkauf einer acquirirten Erbschaft oder als Verkauf einer res futura, einer vom Verkäufer zu acquirirenden Erbschaft, aufgefaßt werden kann, ist selbiger nicht gültig. L. 4 §. 28 D. de doli mali — exc. (44; 4) ist auf die Veräußerung einer acquirirten Erbschaft zu beziehen. Vgl. v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts (Erlangen 1853), S. 94—101. In Betreff der Ungültigkeit eines Vertrages über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten ohne dessen nicht widerrufene Zustimmung s. c. 30 C. de pact. (2; 3); l. 29 §. 2 D. de don. (39; 5); Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 43, und E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 36.

[18] L. 2 §. 1, l. 7 §. 1 und 2 D. de contr. emt. (18; 1).

[19] L. 21 §. 4 D. de act. emti et vend. (19; 1). Wegen der Nebenleistung sind die Klagen aus dem Kauf anwendbar.

[20] Sie tritt beim Genuskauf nicht erst mit dem Zumessen u. s. w. ein, sondern mit dem Abschluß, eventuell dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung. A. M. v. Stintzing in Ihering's und Unger's Jahrbüchern 10. B. S. 177—207.

setzen soll, nicht nach Willkür, sondern in Gemäßheit eines arbitrium viri boni zu bestimmen, so daß eine davon abweichende Festsetzung angefochten werden kann. Wenn ein Dritter den Preis bestimmt hat, würde der Anfechtende darzulegen und zu beweisen haben, daß derselbe nicht dem arbitrium viri boni entspreche. Ist solches durch einen der Contrahenten geschehen, so müßte dieser dagegen darlegen und beweisen, daß der von ihm festgesetzte Preis dem arbitrium viri boni entspreche. Eine Abrede, daß nach Willkür der Preis bestimmt werden dürfte, ist gegen die guten Sitten und daher als nicht getroffen zu behandeln, es möchte denn erweislich eventuell eine Schenkung vorliegen.[21]

Wenn die Parteien beabsichtigt haben, daß der Gegenstand schon vor der Festsetzung des bestimmten Preises gewährt werden solle, so kann, unter Begründung dieser Absicht, schon vorher die actio emti, bezw. die Klage aus dem sonstigen Vertrage angestellt werden.

Der Bestimmtheit des Preises geschieht dadurch kein Abbruch, daß der festgesetzte Preis unter Umständen erhöht oder vermindert werden soll; z. B. es ist für 1000 Mark verkauft, und wenn Käufer später für einen höheren oder geringeren Preis verkaufe, solle der Unterschied getheilt werden.[22]

Zur Begründung der Klage gehört nicht die Behauptung, daß Käufer den Preis bezahlt oder angeboten oder gesichert habe oder daß auf Credit verkauft sei oder daß er ihn jetzt Zug um Zug anbiete. Vielmehr kann die exceptio non impleti contractus abgewartet und dann noch rechtzeitig in der Replik jenes geltend gemacht werden.[23]

e) Der Antrag ist der Regel nach dahin zu richten, Beklagten zu

---

[21] §. 1 J. de emt. et vend. (3; 23). L. 35 §. 1 D. de contr. emt. (18; 1). C. 13 und 15 C. de contr. emt. et vend. (4; 38). L. 25 pr. D. loc. cond. (19; 2). L. 22 §. 1 D. de R. J. (50; 17). L. 30 pr. D. de oper. lib. (38; 1). Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, I. Jahrgang (1865), Nr. 60. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 112. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 54. Busch a. a. O. 33. B. S. 286.

[22] L. 13 §. 24 D. de act. emti et vend. (19; 1).

[23] Gaji J. IV. §. 126. L. 25 D. de act. emti et vend. (19; 1). L. 25 §. 10, l. 26 D. de aed. ed. (21; 1). L. 5 §. 4 D. de doli mali — exc. (44; 4). C. 5 C. de ev. (8; 44). Nicht entgegen steht l. 13 §. 8 D. de act. emti et vend. (19; 1). Ebensowenig die singuläre Vorschrift der C. P. O. §. 628 in Betreff des Mahnverfahrens. Vgl. auch Schmid a. a. O. §. 95 Note 2; Kierulff, Civilrecht, S. 291; H. A. v. 1861, S. 121—132; Busch a. a. O. 34. B. S. 343. Selbstverständlich kann dann, wenn die gekaufte Sache nicht mit der act. emti, sondern in Folge einer Novation mit einer Klage aus dieser verlangt wird, von der Einrede des nicht erfüllten Kaufcontracts nicht mehr die Rede sein.

Im Uebrigen bemerke ich noch Folgendes. Es sind in Ansehung gegenseitiger Leistungen bei Obligationen zu unterscheiden:

a) eine Vorleistung, z. B. Leistung gemietheter Dienste oder Gewährung einer Miethwohnung im Verhältniß zur Zahlung des Pretiums;

b) eine Leistung Zug um Zug, z. B. Tradition der gekauften Sache und Zah-

verurtheilen, dem Kläger die gekaufte Sache nebst etwaigen Pertinentien, Accessionen, Früchten und Schadensersatz zu überliefern, bezw. das Kaufgeld oder eine Arrha zu restituiren.

§. 108.
B. Actio venditi.

Zur Begründung der actio venditi des Verkäufers ist anzugeben:

a) daß Kläger als Verkäufer activ,

b) Beklagter als Käufer passiv

zur Sache legitimirt seien;

c) daß es sich um das dare[1] des Pretiums, unter Umständen mit Zinsen[2] und auch einer Nebenleistung, z. B. Ausbesserung eines

---

lung des Pretiums (H. G. B. Art. 342 Abs. 3) oder Hingabe der einen Sache gegen die andere beim Tausch;

c) eine Nachleistung, z. B. die Zahlung des Pretiums in den Fällen zu a, ferner Quittirung, Ausstellung eines Löschungsscheins, Rückgabe des Faustpfandes nach erfolgter Zahlung.

In den Fällen zu a muß Kläger zur Begründung seiner Klage auf das Pretium u. s. w. die Vorleistung behaupten. Es kann wohl von einer negativen Einlassung, aber nicht von einer exceptio doli die Rede sein.

In den Fällen zu b (abgesehen von rescissorischen Klagen — s. §. 110 Note 15 —) ist die exceptio doli anwendbar, sie kann aber auch durch das Erbieten zur Leistung Zug um Zug elidirt werden — c. 14 C. de praediis et al. reb. min. (5; 71); l. 2 D. quib. mod. p. v. h. s. (20; 6) —.

In den Fällen zu c fällt die exceptio doli wiederum weg. Beklagter kann aber eine Verurtheilung nur zur Leistung Zug um Zug erwirken, wenn dies gesetzlich angeordnet sein sollte, wie im §. 39 der W. O., oder wenn er ein solches Verlangen zu seiner Sicherheit besonders begründen könnte. Natürlich müßte aber auch der eine Zug den anderen fällig machen, da sonst höchstens nur von einer anderen Art von Caution die Rede sein könnte.

Wenn der Beklagte, welcher den Kläger befriedigt, Cession der Ansprüche desselben gegen einen Dritten verlangen kann, so ist diese Cession in Wirklichkeit nur eine Nachleistung. Da aber nach der Zahlung nicht mehr cedirt werden kann, wenn nicht die Cession spätestens bei der Zahlung zugesagt ist, so tritt insofern auch der Gesichtspunkt einer Leistung Zug um Zug ein. Demnach ist auch die exceptio doli anwendbar. L. 20 D. de tut. — act. (27; 3).

[1] L. 11 §. 2 D. de act. emti et vend. (19; 1). Das Zahlen von Geld des Verkäufers kann nie zu einem dare führen. C. 7 C. de act. emti et vend. (4; 49).

[2] Zinsen können jedenfalls vom Eintritt einer Mora oder von der Tradition an verlangt werden. Aus den auf concrete Verhältnisse sich beziehenden Rescripten, der c. 5 C. de pact. i. e. e. v. c. (4; 54) und c. 13 C. de act. emti et vend. (4; 49), kann nicht abgeleitet werden, daß stets Mora erforderlich sei. Vgl. Treitschke a. a. O. §. 79. Wenn die Sache eine fruchttragende ist und die Früchte dem Käufer schon von der Perfection an gebühren, können von da an auch Zinsen beansprucht werden. L. 13 §. 20 und 21 D. de act. emti et vend. (19; 1). L. 16

Hauses[3] oder eines von beiden; ferner möglicherweise um Erstattung von Verwendungen[4], die zu specificiren, eventuell vorbehältlich einer Specification zu fordern sind, oder das in gleicher Weise zu specificirende Interesse, die Annahme und Wegnahme oder die Rückgabe der verkauften Sache handle;

d) daß der Grund der Klage darin bestehe, daß die Parteien

1) über den Gegenstand,

2) den Preis, mit oder ohne Nebenleistung[5], einig geworden seien,

3) auch die Perfection eingetreten sei.

Wenn auch auf Zinsen, nämlich auf Grund der Ueberlieferung[6] seit derselben, geklagt wird, so muß die Zeit der letzteren genau angegeben werden, indem für die zweifelhafte Zeit keine Zinsen zuerkannt werden können.

Wird auf die seit Abschluß des Kaufs vom Verkäufer auf die Sache gemachten Verwendungen geklagt, so ist deren Nothwendigkeit oder Nützlichkeit oder ein specieller Auftrag dazu oder eine nachfolgende Ratihabition darzulegen.

Wenn Beklagter wegen Dolus oder Culpa auf das Interesse belangt wird, so ist dies genauer nach Grund, Wirkung und Causalität zu begründen.

---

§. 1 D. de usur. (22; 1). Aus der Creditirung des Pretiums, wenn sie auch beim Abschluß des Kaufs bedungen sein sollte, läßt sich an sich noch nicht ein Verzicht auf die gesetzlichen Zinsen ableiten. A. M. für den Fall der bezüglichen Vereinbarung beim Abschluß des Kaufs das frühere R. O. H. G. nach dessen Entscheidung im 23. B. Nr. 124. Freilich werden sehr oft die begleitenden Umstände einen Verzicht annehmen lassen. Es kommt auf die Absicht der Parteien an und ist quaestio facti, was derselben entspreche. Beklagter müßte in allen Fällen seinen Einwand, daß das Pretium nicht von der Tradition, bezw. dem Fruchtbezuge an zu verzinsen sei, begründen und beweisen. — Die Behauptung des Beklagten, es sei beim Abschluß des Kaufs vereinbart, daß der Kaufpreis nicht schon von der Tradition, sondern erst von einem späteren Zeitpunkt an verzinst werden solle, ist eine Einrede, nicht ein Leugnen des Klagegrundes. Zur Begründung des Anspruchs auf die gesetzlichen Zinsen gehört also weder die Behauptung, daß die Verzinsung von der Tradition an vereinbart worden, noch die, daß Nichts darüber ausgemacht sei. A. M. ohne Grund das frühere R. O. H. G. nach dessen Entscheidung im 23. B. Nr. 17.

[3] L. 6 §. 1 und 2 D. de contr. emt. (18; 1).

[4] L. 13 §. 22 D. de act. emti et vend. (19; 1).

C. 16 C. de act. emti et vend. (4; 49). Vgl. auch l. 7 §. 13 D. comm. div. (10; 3).

[5] Geklagt werden kann auch auf die Nebenleistung allein; aber die act. venditi muß doch immer durch Mitangabe des Pretiums neben jener begründet werden, weil ohne Pretium überhaupt kein Kauf vorhanden ist. Wird blos auf das Pretium geklagt, so braucht das etwaige Accessorium nicht mitangegeben zu werden, wie auch der, welcher für 1000 M. verkauft hat, die act. venditi auf 600 M. mit dem Bemerken, es sei für 600 M. verkauft, anstellen kann. Sagt Beklagter, er habe für 1000 M. gekauft, so ist dies unerheblich.

[6] Der Anspruch auf Zinsen ist durch Mora nicht bedingt. C. 5 C. de act. emti et vend. (4; 49).

Klagt der Verkäufer auf Annahme oder Wegnahme der verkauften Sachen, z. B. des Pferdes, der Steine aus einem Grundstück, so braucht ein besonderes Interesse der Regel nach nicht nachgewiesen zu werden. Dies ergibt sich meistens schon aus der sonstigen fortdauernden Haftung des Verkäufers in Verbindung damit, daß eine gerichtliche Deposition der Sache ihrer Beschaffenheit nach nicht ausführbar sein sollte.[7]

Wird auf Rückgabe der verkauften Sache geklagt, so ist ein hinlänglicher Grund, z. B. Rescission wegen heimlicher Fehler, anzugeben.

Die Ueberlieferung braucht nicht vom Kläger behauptet zu werden. Er kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages abwarten und muß diese dann in der Replik elidiren, sei es durch die Behauptung, daß er überliefert oder daß er vergeblich den Gegenstand offerirt habe und jetzt wieder anbiete oder früher nicht offerirt habe, weil Beklagter den Handel überhaupt nicht habe gelten lassen wollen, aber jetzt anbiete oder daß er überhaupt Zug um Zug zu erfüllen bereit sei oder daß er durch Zufälle verhindert sei, zu erfüllen, oder daß es sich um einen s. g. Pränumerations- oder Anticipationskauf handle.

Bei einem Kauf nach Probe muß Kläger spätestens in der Replik gegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch die Lieferung oder Oblation einer probemäßigen oder mustergültigen Waare behaupten.[8]

---

[7] L. 9 D. de act. emti et vend. (19; 1). H. G. B. Art. 346. Endemann a. a. O. §. 114 unter I. Durch Dereliction oder Verzicht wird Käufer der Annahme oder Wegnahme entgehen können, er möchte sich denn besonders dazu obligirt haben.

[8] Die Behauptung und der Beweis der probemäßigen Lieferung wird nach dem H. G. B. Art. 347—350 bei bestellten Waaren, die von einem anderen Orte (auch an einen Nichtkaufmann) übersandt sind, ersetzt durch die Behauptung und den Beweis, daß die Waare abgeliefert sei, und die Behauptung, daß sie nicht, obschon solches nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich gewesen, ohne Verzug (möglicherweise auch schon vor der Ablieferung — Busch a. a. O. 32. B. S. 280 —) untersucht oder daß sie nicht mittels sofortiger (möglicherweise auch schon vor der Ablieferung beschaffter — Busch a. a. O.) Anzeige der speciellen Probewidrigkeit (unter „Namhaftmachung und Nachweisung der angeblichen Mängel" — s. Busch a. a. O. 30. B. S. 121, 32. B. S. 171 und 278, 33. B. S. 125 und 126 —) beanstandet, d. h. deren Annahme verweigert — Busch a. a. O. 34. B. S. 316 — mithin als genehmigt zu betrachten sei. Art. 347 Abs. 1 und 2. Wenn das frühere R. O. H. G. glaubte, der Verkäufer brauche sich nicht auf Art. 347 zu berufen (E. desselben 23. B. Nr. 58), so kann ich diese Auffassung nicht für richtig halten. Dieselbe ist nur in Ansehung der Beweislast richtig, aber nicht auch in Betreff der Geltendmachung. Der Art. 347 bezieht sich „auch auf den Fall, wenn der Käufer geltend macht, es sei über Waare von anderer Qualität contrahirt, als die Klage behauptet" — Busch a. a. O. 32. B. S. 181—182; E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 19 — und „findet auch auf den Kauf nach Probe Anwendung" — Busch a. a. O. 32. B. S. 280 —. Er bezieht sich dagegen nicht auf Platzgeschäfte, die nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen sind, nicht auf Quantitäts-

e) Der Antrag ist dahin zu richten, Beklagten zu verurtheilen, bezw. dem Kläger das Kaufgeld zu bezahlen, ein etwaiges Accessorium zu erfüllen, Zinsen meistens von der Tradition an zu zahlen, nothwendige oder nützliche Verwendungen zu erstatten, das Interesse zu leisten, die gekaufte Sache an- und wegzunehmen und, im Fall der Aufhebung des Contracts, die empfangenen Sachen zurückzuliefern.

---

mängel — Busch a. a. O. 32. B. S. 282 —, nicht auf „Lieferung eines andern Gegenstandes" — Busch a. a. O. 32. B. S. 280 —, nicht auf eine einseitige Ablieferung ohne Tradition, Abnahme, Ueberlieferung, Uebergabe. A. M. das Reichsgericht nach den E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 8. Beklagter kann dupliciren, daß er ohne Verzug nach der Ablieferung, so weit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich gewesen, untersucht und mittels sofortiger Anzeige der speciellen Probewidrigkeit reclamirt habe; daß es sich um nicht sofort erkennbare Mängel handle, aber sofort nach der Entdeckung solches geschehen sei; daß dem Verkäufer ein (civil- oder criminalrechtlicher) Betrug zur Last falle. In dem zweiten Fall ist die Triplik einer Verjährung von 6 Monaten, d. h. einer erst nach Ablauf von 6 Monaten seit der Ablieferung an den Käufer erfolgten Entdeckung der Mängel anwendbar; wogegen wieder quadruplicirt werden könnte, daß eine längere Frist vertragsmäßig festgesetzt sei oder daß der Verkäufer sich eines Betrugs schuldig gemacht habe. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 347, 349 und 350. Es versteht sich im Uebrigen von selbst, daß das in dieser Note als Replik, Duplik und Triplik u. s. w. Bezeichnete auch Theil der Klage, Klagbeantwortung und Replik u. s. w. sein und Beklagter auch als Kläger auftreten kann.

Wenn bei einem Kauf oder ähnlichen Geschäft nach einer der einen Partei eingehändigten Probe von der anderen geliefert werden soll und die Probe nicht beigebracht wird, so muß der Lieferer freilich die Probemäßigkeit seiner Lieferung behaupten, aber die Beweislast trifft nun der Regel nach den Gegner. E. d. R. O. H. G. 9. B. Nr. 10. Die juristische Construction ist nach meinem Erachten folgende. In der Annahme der Probe liegt die Uebernahme der Verpflichtung zur Vorlegung derselben. Wird sie nicht vorgelegt, so hat also der Gegner einen Anspruch auf Vorlegung; eventuell das Interesse, d. i. hier Befreiung von der Beweislast. Dabei muß aber noch Folgendes beachtet werden. Haftet der Empfänger für culpa levis, so müßte er einwenden, daß er ohne solche die Probe nicht beibringen könne. Wenn dies bewiesen wäre, würde der Lieferer die Probemäßigkeit anderweitig beweisen müssen. Haftet der Empfänger für culpa lata, so wäre nur einzuwenden, daß die Probe abhanden gekommen sei, wogegen die Replik der culpa lata vorgebracht werden müßte; so daß, wenn solche bewiesen wäre, der Empfänger nun die Probewidrigkeit der Lieferung darzuthun hätte. Es ist auch möglich, daß der Empfang der Probe den Sinn habe, daß Empfänger im Fall des Verlustes unbedingt, also ohne Rücksicht auf culpa, die Beweislast übernehmen müßte. Im Zweifel kann ich jedoch dies nicht annehmen, muß vielmehr in der bezeichneten Weise ein Verschulden verlangen, weil im Zweifel für die geringere Verpflichtung zu vermuthen ist. Ferner wenn auch den Umständen nach die Annahme der Probe die Bedeutung hätte, daß der Empfänger unbedingt im Fall des Verlustes die Beweislast übernehmen müßte, so würde ich im Zweifel ihn doch nur für den gewöhnlichen Casus, nicht für eine von ihm nachgewiesene vis major haften lassen; und zwar aus gleichem Grunde.

§. 109.

C. Die Klagen wegen Entwehrung (Eviction).

Im Fall der Eviction ist möglich die actio emti, die Klage aus einem besonderen Vertrage und eine specielle actio in factum beim Verkauf eines locus religiosus als purus.

a. Actio emti.

Zur Begründung der actio emti muß Folgendes angegeben werden:

1) Daß Kläger gekauft oder ein anderes Geschäft geschlossen habe, welches die Verpflichtung zur Gewährung seines Gegenstandes enthalte, wie Tausch[1], Vergleich in Ansehung der nicht streitigen Gegenstände (nicht auch Schenkung[2], auch nicht eine renumeratorische), indem bei solchen anderen Geschäften die actio emti als utilis actio oder actio in factum anwendbar ist.

2) Daß Beklagter der andere Contrahent sei.

3) Daß es sich um Leistung des Interesses[3] handle. Für das zu specificirende Interesse kommt auch das Steigen und Fallen des Preises in Betracht. Da das Interesse nicht das Doppelte des Werths der Sache, als der bestimmten Grundlage, überschreiten soll[4], so hat Beklagter im Fall der Ueberschreitung eine übrigens schon von Amtswegen zu berücksichtigende Einrede der Pluspetition. Es handelt sich nicht um das Interesse daran, daß nicht verkauft, sondern daran, daß nicht evincirt sei. Demnach ist auch ein durch einen Weiterverkauf in Aussicht gestellter

---

[1] L. 1 §. 1 D. de rer. perm. (19; 4) gibt beim Tausch im Fall der Eviction eine act. in factum. Es ist aber der Unterschied zu beachten, daß bei obligationes dandi, wenn eine fremde Sache geliefert ist, sofort auf Erfüllung, eventuell das Interesse geklagt werden kann, während bei obligationes faciendi, also beim Kauf, abgesehen vom Dolus, erst evincirt sein müßte, dann aber sofort auf das Interesse geklagt werden kann. Ersteres ist auch anzunehmen, wenn die zur Dos gegebene Sache eine fremde ist. Vgl. Windscheid, Pandekten, §. 495 Note 5.

[2] Dolus und besondere Vereinbarung verpflichten auch den Schenker. L. 18 §. 3 D. de don. (39; 5).

[3] L. 8, 60, 70 D. de evictionibus et duplae stipulatione (21; 2). C. 9, 21 und 23 C. de evictionibus (8; 44).

Ueber einen Ausnahmefall, in dem das Interesse nicht verlangt werden kann, s. l. 74 §. 1 D. h. t. Bei einer Hingabe an Zahlungsstatt kann im Fall der Eviction der Empfänger auch die alte Obligation geltend machen, was wegen eines Pfandrechts, einer Bürgschaft u. d. m., die damit verbunden sind, von Wichtigkeit sein kann. L. 46 pr. §. 1 D. de sol. et lib. (46; 3). Anders wäre es, wenn eine Novation zu Grunde läge; dann könnte aber nicht mehr von einer Hingabe an Zahlungsstatt die Rede sein.

[4] C. un. C. de sent., quae p. e. q. i. p. (7; 47). L. 44 D. de act. emti et vend. (19; 1). E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 52.

Gewinn, aber auch zum Vortheil des Verkäufers ein Fallen des Preises zu berücksichtigen.[5]

4) Daß dem Kläger oder dessen Singularsuccessor das Object[6] des Kaufs oder anderen Geschäfts, sei es in Ansehung der Sache oder des Besitzes[7], ganz oder pro parte divisa vel indivisa[8], oder auch bezüglich einer oder einzelner von mehreren durch Einen Verkaufsact oder Einen Preis umfaßten Sachen[9], sowie in Betreff einer evincirten Emphyteusis und Superficies, eines evincirten Ususfructus[10] und auch aus besonderem Grunde einer evincirten Realservitut[11], ferner in Betreff eines evincirten Pfandes[12], oder der Früchte, Erzeugnisse oder anderer Accessionen[13], durch einen gerichtlichen (nicht auch unnöthigen schieds-

---

[5] L. 8, l. 70 D. h. t.

[6] Sind einzelne Sachen aus einer s. g. universitas juris (hereditas, dos, peculium) evincirt, so haftet der Verkäufer dieser universitas der Regel nach nicht, weil nur diese verkauft ist, also mit Ausschluß der nicht dazu gehörenden Sachen. L. 5 D. h. t. Die Klage wegen Entwehrung müßte also anderweitig begründet werden. Dies könnte geschehen durch die Behauptung, daß Beklagter ausdrücklich oder stillschweigends erklärt habe, die evincirten Gegenstände gehörten zur universitas; letzteres, wenn z. B. vor oder bei dem Verkauf die fraglichen Sachen mitüberliefert, mitbesichtigt oder in einem vorgelegten Inventar mitaufgeführt sind und Verkäufer von dieser Mitumfassung der Sachen Kunde hatte. Ist dagegen die Mitüberlieferung, die Mitbesichtigung oder die Vorlegung des Inventars nach dem Verkaufe erfolgt, so liegt darin nicht die Uebernahme einer Haftung.

In Beziehung auf die universitas facti rerum distantium oder cohaerentium (Heerde, Bibliothek, Waarenlager, Haus, Schiff u. s. w.) sind gleiche Grundsätze aufzustellen. L. 36 D. h. t. L. 23 §. 1 D. de usurp. et usuc. (41; 3).

[7] L. 11 §. 13 D. de act. emti et vend. (19; 1).
L. 35 D. eod. l.

[8] L. 1 D. h. t.

[9] L. 72 D. h. t.

[10] L. 1 §. 5 D. de superf. (43; 18). L. 15 §. 1, l. 49 D. h. t.

[11] Der Verkäufer haftet, abgesehen von dem Fall, wenn die Realservitut selbst der Hauptgegenstand des Verkaufs ist, in welchem Falle sich die Haftung für Eviction von selbst versteht (l. 10, l. 46 §. 1 D. h. t.), nur aus einem besonderen, in der Klage anzugebenden Grunde, nämlich

a) wenn er die Haftung ausdrücklich übernommen,

b) die Servitut arglistig verschwiegen hat,

c) wenn die Haftung als dem vermuthlichen Willen beider Contrahenten entsprechend den Umständen nach angesehen werden muß.

So rechtfertigt die Bezeichnung des fundus als optimus maximusque die Annahme, daß es nicht ein fundus serviens sein dürfe. L. 48, l. 75 D. h. t. L. 59, l. 66 pr. D. de contr. emt. (18; 1). Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 55.

[12] L. 34 §. 2 D. h. t.

[13] L. 8 D. h. t. R. e. l. 42 und 43 D. h. t. als mit dem jus strictum bei der Stipulation zusammenhängend. Arndts a. a. O. §. 303 Anm. 2.

richterlichen — l. 56 §. 1 D. h. t. —) Proceß[14], mag dabei der Käufer Beklagter oder Kläger sein[15] und mag der gerichtliche Proceß auch nur in einer einem Dritten ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bestehen[16], in Folge eines in die Zeit vor oder bei Abschluß[17] des Kaufes fallenden Grundes rechtskräftig abgestritten[18] sei.[19]

---

[14] Ueber Ausnahmen s. l. 9, l. 21 pr., l. 24, 26, 41 §. 1 D. h. t.

Wenn der Verkäufer dolose die Evincirbarkeit verschwiegen hat, so kann auch ohne Eviction, und zwar selbst im Fall casuellen Untergangs, die act. emti auf das Interesse angestellt werden. L. 30 §. 1 D. de act. emti et vend. (19; 1). L. 21 pr. D. h. t.

[15] L. 16 §. 1 D. h. t. Wenn jedoch der Käufer Kläger ist, weil er den Besitz freiwillig aufgegeben oder culposer Weise verloren hat, so haftet, falls er als Besitzer hätte retiniren können, der Verkäufer nicht wegen Abweisung des Klägers. L. 29 §. 1 D. h. t.

[16] L. 39 pr., l. 66 §. 1 D. h. t.

[17] L. 3, l. 39 pr. D. h. t.

[18] Was auch durch den Verkäufer oder dessen Erben (l. 17, 18, 19 pr.. l. 73 D. h. t.) oder in Folge Zahlung der litis aestimatio (l. 16 §. 1 D. h. t.) oder einer Theilungsklage (l. 34 §. 1 D. h. t.) oder einer Noxalklage (l. 3 D. h. t.) geschehen kann, ebenso wenn der Dritte zunächst nur in einem possessorium gesiegt hat, in welchem Falle aber nur die act. emti mit Ausschluß der act. ex stipulatu anwendbar war — l. 35 D. de act. emti et vend. (19; 1) —. In Folge des Unterliegens im Besitzproceß würde übrigens die act. emti zunächst hauptsächlich auf Einräumung der possessio vacua zu richten sein. Vgl. Müller, Eviction (Halle 1851), §. 21.

[19] Eine Culpa des Veräußerers ist nicht erforderlich, so daß er für den Casus haftet.

Beim Casus sind aber zwei Fälle zu unterscheiden, ein Casus ohne Zusatz oder ein gewöhnlicher Casus und ein außergewöhnlicher, unabwendbarer, als vis major bezeichneter. Dieser letztere Ausdruck, wie auch der Ausdruck major casus wird indessen im C. J. Civ. auch für jeden Casus gebraucht. L. 30 D. de pign. act. v. contra (13; 7). C. 1 C. de commod. (4; 23). L. 1 §. 4 D. de O. et A. (44; 7).

1) Wer für Eviction haftet, braucht nicht in Culpa zu sein, weil er ohne Rücksicht darauf für seine besondere, wenn auch nur stillschweigends im Verkauf liegende Zusage die Gewähr übernehmen muß, haftet also für den Casus; aber nicht für den außergewöhnlichen. L. 9 pr. D. loc. cond. (19; 2). L. 11 pr., l. 51 pr. D. h. t. C. 17 C. de act. emti et vend. (4; 49). Im letzteren Fall kann Beklagter eine bezügliche Einrede vorschützen.

2) Eine Mora erfordert, sofern nur die Frage, ob der Mahnung oder Oblation Folge zu leisten sei, nicht zweifelhaft ist, keine Culpa, kann also auch der Regel nach bei casueller Hinderung der Erfüllung oder der Annahme vorliegen; wird aber jedenfalls durch den außergewöhnlichen Casus beseitigt. L. 21—24 pr. D. de usur. (22; 1). L. 5 D. de R. C. (12; 1). L. 91 §. 3 D. de V. O. (45; 1). L. 1 §. 22, l. 13 pr. D. dep. v. contra (16; 3).

3) Ebenso haftet man für jedes besondere eine Garantieübernahme für Casus mitumfassende dictum oder promissum bei Verträgen, wenn man auch ohne Culpa an der Erfüllung verhindert ist; aber im Zweifel nicht für den außergewöhnlichen Casus.

4) Der Frachtführer und Verfrachter haften wider die Regel, da in der gesetz-

5) Daß auf Verurtheilung zur Leistung des specificirten Interesses an den Kläger gegen den Beklagten angetragen werde.

Beklagter kann excipiren oder einwenden, daß der Verkauf, um dem Verkäufer ein unerlaubtes Spiel zu ermöglichen, erfolgt[20]; daß der Käufer die Evincirbarkeit genehmigt habe; daß die Haftung für eine mögliche oder

---

lichen obligatio de restituendo keine bezügliche Zusage und kein bezügliches dictum oder promissum gefunden werden kann, dennoch für casuellen Untergang oder casuelle Beschädigung der empfangenen Waaren, so daß sie sich nicht durch den Nachweis der mangelnden Culpa, wie sonst der Conductor, Commodatar, Faustpfandgläubiger u. s. w., befreien können; aber sie haften doch nicht für vis major. H. G. B. Art. 395, 607 und 674.

5) Bei den Obligationen wegen einer einfachen Widerrechtlichkeit ist eine Culpa gleichgültig; aber nicht ein außergewöhnlicher Casus. Vgl. unten §. 263.

6) Der Wirth u. s. w. haftet der actio de recepto gegenüber, mag er sich in Culpa befunden haben oder nicht, also für Casus; aber nicht für den außergewöhnlichen Casus. L. 3 §. 1 D. nautae, caupones (4; 9).

7) Nach dem §. 1 des Reichshaftpflichtgesetzes, vom 7. Juni 1871, kann der Betriebsunternehmer sich, wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt ist, von der Haftung für den Schaden nicht durch den Nachweis eines gewöhnlichen Casus, wohl aber durch den einer höheren Gewalt, befreien.

8) Auch in der C. P. O. findet sich die vorliegende Unterscheidung. Nach §. 211 ist einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen. Dies bezieht sich nur auf die vis major, nicht auf gewöhnlichen Casus. Dasselbe gilt von dem Fall des §. 302. Vgl. die Mot. zu §. 211 der C. P. O. und E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 121.

S. auch noch H. G. B. Art. 560 und unten §. 162 Note 3; das Reichspostgesetz, vom 28. October 1871, §. 6 Abs. 3 unter b, §. 11 unter 2 und §. 15; Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 182 und 36. B. Nr. 180; sowie §. 3 J. de emt. et vend. (3; 23). Die besondere Uebernahme der custodia von Seiten des dafür schon gesetzlich haftenden Verkäufers führt zur Haftung wegen Casus; aber doch wohl nicht wegen vis major.

Natürlich kann derjenige, welcher gerade nach allgemeinen Rechtsregeln den Casus zu tragen hat (der Gläubiger), sich nicht auf den außergewöhnlichen Casus mit Erfolg berufen. Da die angegebenen 2 Arten des Casus bisher in der Litteratur nicht genügend betont sind — s. z. B. Windscheid a. a. O. §. 384 Note 6 —, nicht selten auch die Sache so dargestellt wird, als ob der Begriff der vis major erst aus dem H. G. B. stamme, während doch, wie so oft bei scheinbaren Neuerungen, schon das Röm. Recht die Quelle ist, habe ich es nicht unterlassen wollen, bei der ersten Gelegenheit darauf besonders hinzuweisen; zumal da ich noch häufiger auf den Unterschied beider zurückkommen werde. S. z. B. §. 263.

[20] L. 2 §. 1 D. quar. rer. act. n. dat. (44; 5).

geschehene Eviction durch Vereinbarung aufgehoben sei[21a]; daß der Käufer wissentlich eine fremde Sache an sich gebracht habe[21b]; daß Beklagter nur als Pfandgläubiger verkauft und solches dem Käufer kundgegeben habe, es möchte denn von einem besseren Pfandgläubiger evincirt oder die Nichtevincirbarkeit zugesichert oder der verkaufende Pfandgläubiger gar nicht Pfandgläubiger gewesen sein oder sich eines Dolus schuldig gemacht haben[22]; daß Kläger die Sache derelinquirt oder schuldvoller Weise nicht ersessen habe[23]; daß das gerichtliche Verfahren kein rechtmäßiges gewesen sei; daß die Sache dem Käufer durch höhere Gewalt oder durch ein ungerechtes (doloses oder culposes oder einfach widerrechtliches) richterliches Urtheil[24] genommen sei; ferner daß Kläger durch eigene Schuld den Proceß verloren[25]; oder daß Kläger eine rechtzeitige[26] gerichtliche oder außergerichtliche Litisdenuntiation an Beklagten unterlassen habe.[27]

Gegen letzteren Einwand kann replicirt werden, daß eine Litisdenuntiation wegen Abwesenheit des Gegners nicht beschafft werden konnte, daß sie doch kein anderes Resultat hätte herbeiführen können und daß darauf verzichtet sei.[28]

Das pactum de non praestanda evictione kann durch eine replicatio doli (daß Beklagter die Evincirbarkeit gekannt, aber verschwiegen habe) elidirt werden, sowie durch die Replik, daß nur Rückerstattung des Kaufpreises, nicht das Interesse verlangt werde, gegen welche letztere Replik wieder duplicirt werden kann, daß die Rückerstattung des Preises dem erklärten oder vermuthlichen Willen der Contrahenten unter den obwaltenden Umständen nicht entspreche.[29]

[21a] L. 68 pr. D. h. t. L. 11 §. 18 D. de act. emti et vend. (19; 1).

[21b] C. 27 C. h. t.

[22] L. 11 §. 16 D. de act. emti et vend. (19; 1). Der Pfandgläubiger kann aber stets mit der act. emti auf Cession seiner actio pignoraticia contraria belangt werden. L. 38 D. h. t. C. 1 und 2 C. creditorem evictionem pignoris non debere (8; 45).

[23] L. 76, l. 56 §. 3 D. h. t.

[24] L. 51 pr. D. h. t. C. 8 C. h. t.

[25] L. 55 pr., l. 56 §. 1, l. 63 §. 2, l. 66 pr. D. h. t. C. 8 C. h. t. Vgl. auch C. P. O. §. 65, wobei die Worte „grobes Verschulden" zu beachten sind.

[26] L. 29 §. 2 D. h. t. Die Beschränkung der Eventualmaxime, die Statthaftigkeit von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der Berufungsinstanz u. d. m. sind von Einfluß auf die Rechtzeitigkeit.

[27] L. 29 §. 2, l. 53 §. 1, l. 55 §. 1, l. 56 §. 4—7 D. h. t. C. 8 C. h. t.

[28] L. 56 §. 5—7, l. 63 pr. D. h. t. Ueber die Nutzlosigkeit und daher Irrelevanz der Litisdenuntiation s. Elvers, Themis, 1. B. Heft 1 (Göttingen 1827), S. 151 Nr. 31.

[29] L. 11 §. 18 D. de act. emti et vend. (19; 1). Vgl. darüber auch Puchta, Vorlesungen, 4. Auflage (Leipzig 1855), II. S. 224 und andererseits Kricheldorff, Die

Da der Pfandgläubiger der Regel nach überall nicht für Eviction haftet, so hat die zwischen ihm und dem Käufer getroffene Vereinbarung, daß er nicht für Eviction haften solle, allerdings den weiteren Sinn, daß er ungeachtet einer Eviction das empfangene Pretium nicht zu restituiren braucht, auch das noch nicht gezahlte beanspruchen kann. Dies ergibt sich denn auch aus l. 68 pr. D. h. t.

b. Vertragsklage.

Es sind die näheren Angaben über den besonderen Vertrag wegen der Haftung für die Eviction zu machen. So weit nicht der Vertrag etwas Anderes bestimmt hat, kommen auch bei der, die actio emti im Zweifel übrigens nicht ausschließenden Vertragsklage die Grundsätze unter a zur Anwendung.[30]

Durch den Vertrag können namentlich

1) erweitert werden die Fälle unter a zu 1, z. B. die Haftung wegen Eviction auch auf Schenkungen ausgedehnt oder der Zweifel der Anwendbarkeit der Haftung im Fall der Eviction von Realservituten oder die beschränkte Anwendbarkeit der Haftung bei Bestandtheilen von universitates u. s. w. beseitigt werden;

2) das Interesse unter a zu 3 auf eine bestimmte Summe zur Erleichterung der Klage, Irrelevanz einer Specification und eines sonstigen Beweises festgesetzt werden;

3) die Erfordernisse unter a zu 4 modificirt, z. B. die Nothwendigkeit einer Entziehung durch gerichtliches Verfahren oder einer Litisdenuntiation aufgehoben werden.

c. Actio in factum

im Fall des Verkaufs eines locus religiosus als locus purus.[31]

Diese Klage, von der es heißt, daß sie quasi ex emto actionem in sich enthalte, richtet sich ganz nach dieser.

Wirkung des s. g. pactum de non praestanda evictione generale in Rücksicht auf den Kaufpreis (Leipzig 1877).

[30] Dies muß der Regel nach als dem Willen der Contrahenten entsprechend angenommen werden. Nach Röm. Recht beruhte der hauptsächlichste Unterschied darauf, daß die act. ex stipulatu als actio stricti juris mehreren Beschränkungen unterlag. S. Note 14 und u. A. l. 69 §. 3—5 D. h. t. Dies ist jetzt wegfällig.

[31] L. 8 §. 1 D. de rel. (11; 7). Der Umstand, daß heutigen Tages ein locus religiosus nicht mehr als res extra commercium angesehen werden kann, ist nicht ausreichend, die vorliegende Klage zu beseitigen.

§. 110.

D. Die Klagen wegen Fehler und Mängel.[1]

Wegen Fehler und Mängel der verkauften[2] Sache kann

a) die durch das Edict der Aedilen eingeführte actio redhibitoria oder Wandelungsklage,

b) die gleichfalls ädilicische actio aestimatoria oder quanti minoris oder Minderungsklage[3],

c) die actio emti,

d) eine besondere Contractsklage

angestellt werden.

a) Bei der actio redhibitoria ist anzugeben, daß

1) Kläger gekauft habe und etwaige Mitberechtigte mit der Redhibition einverstanden seien[4];

---

[1] Wenn es sich um vertretbare Sachen handelt, mag nach Probe gekauft sein oder nicht, und das Offerirte fehlerhaft ist, kann es zurückgewiesen und mit der act. emti auf Erfüllung, unter Umständen sammt dem sonstigen Interesse, etwa auch auf Wegnahme des Gesandten geklagt werden. Von der act. redhibitoria oder quanti minoris kann hier erst dann die Rede sein, wenn das Offerirte angenommen, also eine Species geschaffen ist, natürlich unter der Voraussetzung, daß in der Annahme nicht ein Verzicht auf Redhibition oder Preisminderung enthalten sei. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 53. Die ädilicischen Klagen auch nach Schaffung einer Species stets auszuschließen, dazu ist kein Grund vorhanden. A. M. das R. O. H. G. Vgl. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 231.

[2] Was nach dem Edict der Aedilen nur vom Verkauf von Sklaven und Thieren ursprünglich bestimmt wurde (l. 1 §. 1, l. 38 pr. §. 5, l. 48 §. 6 D. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris [21; 1]), ist später auf jeden Verkauf, auch den von Grundstücken (l. 49 D. h. t.), mit Ausnahme fiscalischer (l. 1 §. 3 D. h. t.), aber mit Einschluß communaler Verkäufe (l. 1 §. 4 D. h. t.), und auch auf andere onerose Tauschgeschäfte (l. 19 §. 5 D. h. t.; l. 2 D. de rer. perm. [19; 4]), nicht auf die Schenkung (l. 62 D. h. t.), und nicht auf die locatio (l. 63 D. h. t.) ausgedehnt worden. Von der act. aestimatoria kann beim Tausch nicht die Rede sein. Schl.-Holst. A. v. 1865, S. 20 fg.

[3] Die ädilicischen Klagen „ex contractu veniunt" und gehen daher activ und passiv auf und gegen die Erben aufs Ganze über. L. 23 §. 4 und 5, l. 48 §. 5 D. h. t. Mehrere Miterben oder Mitcontrahenten sind pro partibus berechtigt und verpflichtet, sofern nicht die fragliche Leistung nach der Natur der Sache oder der Absicht der Betheiligten untheilbar ist. L. 31 §. 5—10 D. h. t.

[4] L. 31 §. 5 D. h. t. Daß die mehreren Mitberechtigten auch sämmtlich mitklagen, ist nicht nothwendig. Jedenfalls dann nicht, wenn Beklagter deren Recht zur Redhibition anerkannt hat und nur des Klägers Recht dazu bestreitet, deshalb aber gar nicht redhibiren lassen will. Aber auch dann nicht, wenn er Allen das Recht zur Redhibition bestreitet. Denn in diesem Fall muß auch das siegreiche, von Einem erwirkte Urtheil zu Gunsten der Mitberechtigten gelten; desgl. das nachtheilige

2) Beklagter verkauft oder sich für den Verkäufer verbürgt[5] habe;

3) es sich um Rescission[6] des Kaufs und Rücknahme oder Dereliction der verkauften Sache[7a], sowie Rückzahlung des Pretiums nebst Zinsen und Rückleistung einer etwaigen Nebenleistung[7b] handle;

4) die gekaufte körperliche Sache[8] an Mängeln[9] oder an dem Fehlen eines spätestens beim Abschluß des Kaufs hinzugefügten, das Nichtvorhandensein von Mängeln oder das Vorhandensein guter Eigenschaften betreffenden dictum promissumve[10] leide; diese Mängel oder der Grund dazu schon zur Zeit der Perfection des Vertrages vorhanden gewesen seien; dieselben nicht unerheblich und die Sachen nicht geringfügig seien[11]; der Preis gezahlt worden, wenn auf Rückerstattung nebst Zinsen geklagt[12]; die Sache tradirt sei und Kläger ein Interesse daran habe, daß sie ihm wieder abgenommen werde, wenn hierauf

---

zu deren Nachtheil. Wäre dies nicht der Fall, so würde Einer nicht activ zur Sache legitimirt sein. Aus der l. 31 §. 5 kann die Nothwendigkeit, daß Alle klagen, nicht abgeleitet werden. Freilich geht die Stelle von einer Klage Aller aus, wie sich aus der vorgeschriebenen Bestellung eines gemeinschaftlichen Procurators ergibt. Die Stelle handelt aber nur von dem gewöhnlichen Fall. S. auch l. 31 §. 10 D. h. t.

[5] L. 56 D. h. t.

[6] Die Klage ist eine actio restitutoria. L. 23 §. 7, l. 60 D. h. t.

[7a] L. 1 §. 3 D. de per. et comm. rei vend. (18; 6). L. 9 D. de act. emti et vend. (19; 1). Wenn der Kauf mehrere Sachen umfaßt, von denen eine oder einige fehlerhaft sind, so kann Redhibition aller Sachen von beiden Theilen verlangt werden, wenn die mehreren Sachen eine nicht ohne Nachtheil zu trennende Einheit bilden, z. B. ein Gespann von 2 Pferden, oder wenn die Hauptsache fehlerhaft ist. L. 34—36, l. 38 pr. §. 14, l. 33 §. 1 D. h. t. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 270.

[7b] L. 27, l. 29 §. 2 D. h. t.

[8] Ob es sich um die Hauptsache oder eine Nebensache handelt, ist gleichgültig. Bei einer universitas ist die Mangelhaftigkeit einzelner Stücke derselben der Regel nach ohne Bedeutung. L. 33 D. h. t.

[9] Unerheblich ist es, ob es sich um vitia animi oder corporis bei Thieren handelt. L. 38 §. 9 D. h. t. Anders bei Sklaven, abgesehen von einem dictum oder promissum. L. 1 § 9, l. 4 §. 1—5 D. h. t.

[10] L. 1 §. 1, l. 17 §. 20, l. 18 pr., l. 38 §. 10 D. h. t. C. 3 C. de aediliciis actionibus (4; 58). Ein bloßes Anpreisen ist noch nicht ein dictum promissumve, weil man sich dadurch nicht obligiren will. L. 19 pr. §. 3 D. h. t.

[11] L. 1 §. 8, l. 4 §. 6, l. 48 §. 8 D. h. t.

[12] L. 27 D. h. t. Als Preis sind auch die neben demselben bedungenen Nebenleistungen zu behandeln. L. 31 pr. D. h. t. Fütterungskosten wären dem Käufer nur zu erstatten, wenn er dargelegt hätte, daß ihm ohne sein Verschulden dafür keine Entschädigung durch die Dienste des Thieres zugegangen sei. Auf eine bloße mora recipiendi könnte der Anspruch nicht gestützt werden. L. 30 §. 1 D. h. t. Schl.-Holst. A. v. 1875, S. 59 und v. 1881, S. 314. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 27.

angetragen wird. Es kann, abgesehen von einem Genuskauf, auch auf Rescission des Geschäfts geklagt werden, wenn noch gar nicht tradirt ist.[13]

Ferner kann Kläger den Einwand abwarten, daß tradirt sei und Beklagter nicht früher oder anders dem Antrage des Klägers Folge zu leisten brauche, als bis dieser die Sache nebst Früchten, Accessionen, Ersatz für vom Käufer verschuldete Beschädigungen u. s. w.[14] zurückgeliefert habe, oder Zug um Zug, oder nach Leistung einer Caution, falls Beklagter sich statt der Leistung Zug um Zug mit einer Caution begnügen will. Dagegen kann dann rechtzeitig jedenfalls replicirt werden, daß Kläger die Sache s. w. d. a. zurückgeliefert habe oder zurückzuliefern bereit sei, Zug um Zug, sobald Beklagter die Rescission anzuerkennen und den Preis zurückzugeben in Begriff stehe, oder die etwa verlangte Caution zu leisten bereit sei.[15]

Ein Antrag des Klägers darauf hin, daß Beklagter verurtheilt werde, die Sache zurückzunehmen oder zu dereliquiren[16], wird nur dann recht-

---

[13] Ist tradirt und vom Verkäufer die Statthaftigkeit der Redhibition anerkannt, so hindert dies nicht unsere Klage. Wenn dagegen auch die Redhibition geschehen, aber das Pretium noch nicht restituirt ist, kann dieses nicht mehr mit der act. redhibitoria, sondern nur mit einer blos auf die geschehene Redhibition, nicht die Redhibilität zu gründenden act. in factum verlangt werden. L. 31 §. 17—19 D. h. t.

[14] L. 25 §. 10, l. 30, l. 31 §. 2—4, 11 und 12 D. h. t. C. 5 C. h. t. L. 35 §. 2 D. de neg. gest. (3; 5).

[15] L. 25 §. 10, l. 26, l. 29 pr., l. 43 §. 6, l. 57 pr. D. h. t. Der Richter darf den im Text berührten Einwand nicht von Amtswegen berücksichtigen, weil dies der Verhandlungsmaxime widersprechen würde. Der Beklagte kann selbigen nicht mit der Wirkung geltend machen, daß Kläger zur Zeit abzuweisen sei, weil es sich um eine erst vom Gericht auszusprechende Rescission und um eine Gegenleistung handelt, die höchstens zur Sicherheit des hier minder begünstigten Beklagten als Leistung Zug um Zug, nach l. 26 cit. sogar als Nachleistung erscheint. Nur dann, wenn außergerichtlich bereits die Redhibilität anerkannt wäre und darauf Kläger, ohne seinerseits erfüllt zu haben, klagte, könnte die exceptio doli mit dem Antrage auf Abweisung zur Zeit vorgebracht, jedoch durch das replicarische Erbieten zur Leistung Zug um Zug elidirt werden. Sonst müßte auf den fraglichen Einwand des Beklagten dieser doch verurtheilt werden, aber zur Leistung Zug um Zug, bezw. gegen Caution. Im Allgemeinen gleiche Grundsätze sind in allen ähnlichen Fällen anzuwenden, z. B. bei der Anfechtungsklage wegen Verletzung über die Hälfte, der actio quod metus causa (u. c. c. 3 und 4 C. de his, quae vi [2; 19]), der actio Pauliana (l. 8, l. 10 §. 20 D. quae in fraud. cred. [42; 8]), der actio doli, der in integrum restitutio u. d. m. Vgl. auch oben §. 107 Note 23.

[16] L. 23 §. 8 D. h. t. Die Dereliction oder Reliction noxae nomine kann dem Verkäufer vortheilhafter sein, z. B. wenn das verkaufte Thier dem Käufer einen mit der actio de pauperie verfolgbaren Schaden zugefügt hat, den der Verkäufer

lich begründet sein, wenn Kläger ein Interesse daran hat, daß ihm die Sache wieder abgenommen werde. Es kann das Interesse darin bestehen, daß dem Kläger die Sache im Wege liege, oder sie ihm sonst lästig sei, etwa weil er keine Zeit habe, sie zu bewachen u. d. m. Ein solches Interesse versteht sich im Zweifel aber von selbst.

Die Heimlichkeit der Fehler braucht Kläger nicht zu behaupten, indem nach den Worten des Edicts der erforderliche Irrthum hier, obschon es im Gegensatz gegen die ganz natürliche Haftung wegen Eviction wohl möglich gewesen wäre, nicht zum Fundament der Klagen gemacht ist. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, einzuwenden, daß die Fehler offenbar gewesen seien, oder daß er sie dem Käufer angezeigt, oder dieser sie doch gekannt habe.[17]

Der Grund der Klage kann auch darin bestehen, daß wegen eines zu befürchtenden oder möglichen Fehlers bei werthvollen Sachen eine verlangte Caution (nach Römischem Recht die stipulatio duplae, jetzt ein Versprechen zur Zahlung des Interesses) nicht geleistet sei.[18]

Im Uebrigen ist noch zu behaupten, daß bei einem bedingten Verkauf die Bedingung eingetreten sei.[19]

5) Der Antrag geht dahin, Beklagten zu verurtheilen, die Sache zurückzunehmen oder zu dereliquiren und den Kaufpreis nebst Zinsen und etwaigen sonstigen Nebenleistungen dem Kläger zurückzuzahlen.

b) Actio aestimatoria. Bei unerheblichen Mängeln oder geringfügigen Sachen kann nach dem Satze: „Minima non curat praetor" meistens auch nicht ästimatorisch geklagt werden. Jedoch ist dies dann

---

im Fall der Reliction noxae nomine nicht zu erstatten brauchte. Dasselbe gilt von Verwendungen, die der Käufer gemacht hat. L. 29 §. 3, l. 58 pr. D. h. t. S. auch oben §. 108 Note 7.

[17] L. 14 §. 10, l. 48 §. 4 D. h. t. Kann Beklagter dem Kläger eine Kunde des Fehlers oder eine culpa lata in Betreff seiner Unkunde nachweisen, so haftet er nicht; es möchte denn gegen den Einwand der culpa lata die replicatio doli vorgebracht werden können. Auch ist die Einrede möglich, daß die Nichthaftung bedungen sei, wogegen im Fall des Dolus (nicht auch einer groben Fahrlässigkeit) des Verkäufers wiederum eine Replik des Dolus statthaft ist. L. 14 §. 9 D. h. t. Ueber die Einrede der Genehmigung bei Handelsgeschäften s. Art. 347 des H. G. B. Beim Viehhandel ist dieser Art. nicht allgemein ausgeschlossen. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 58.

[18] L. 28, l. 31 §. 20 D. h. t. L. 16 §. 2, l. 31, l. 37 §. 1 D. de ev. (21; 2). L. 11 §. 4 D. de act. emti et vend. (19; 1). C. 14 C. cod. l. (4; 49). Die act. redhibitoria wegen Nichtleistung der Caution verjährt schon in 2 Monaten; die act. quanto minoris in dem gleichen Fall schon in 6 Monaten; während die deshalb auch anwendbare act. emti auf Leistung der Caution, eventuell das Interesse, der gewöhnlichen Verjährung unterliegt.

[19] L. 43 §. 9 D. h. t.

zulässig, wenn bei einem verkauften Grundstücke der Fehler in der Belastung mit einer Servitut besteht.[20]

Es unterscheidet sich diese Klage von der vorigen hinsichtlich der Begründung dadurch, daß der Mangel den bedungenen Kaufpreis, nicht den gemeinen Verkaufswerth, nur verhältnißmäßig (vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 279) mindert, und zwar um einen bestimmt anzugebenden, eventuell vom Gericht festzusetzenden Betrag, so weit es sich nicht um Rescission des Kaufs und Rücknahme der Sachen handelt. Wenn nämlich der Fehler die Sache dem Käufer ganz werthlos macht, kann Rescission, Rücknahme der Sache und Rückzahlung des ganzen Pretiums verlangt werden.[21a] Für den vom Kläger zu substantiirenden Minderwerth ist der bei einem Weiterverkauf erzielte Preis an sich unerheblich; Kläger könnte zu theuer oder zu billig verkauft haben.[21b]

c) Die der 30jährigen Verjährung unterliegende, die Klagen unter a und b nicht ausschließende actio emti[22] setzt zu ihrer Begründung das bei der actio redhibitoria Bemerkte voraus, jedoch mit folgenden Unterschieden:

1) die Sachen können auch unkörperlich oder geringfügig und die Mängel unerheblich sein und nach Römischem Recht auch bei Sklaven ganz allgemein in vitia animi bestehen.[23]

2) Die zu Grunde liegenden Geschäfte können durch ein ihnen spätestens gleich im Anfange hinzugefügtes Pactum erweitert werden.

3) Beklagter muß entweder den Mangel der Fehler, bezw. das Vorhandensein der Eigenschaften, ausdrücklich oder stillschweigends spätestens bei Eingehung des Geschäfts unter Acceptation des Klägers versprochen[24], oder die Mängel wissentlich verschwiegen haben. Er haftet nicht, wenn er weder das Fehlen der Mängel zugesagt, noch letztere gekannt hat, obschon diese Unkunde auf einer selbst groben Culpa desselben beruht.[25]

---

[20] L. 61 D. h. t.

[21a] L. 43 §. 6 D. h. t. L. 25 §. 1 D. de exc. rei jud. (44; 2).

[21b] E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 8.

[22] Vgl. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 107 und 108; l. 19 §. 2 D. h. t.

[23] L. 4 §. 4 D. h. t.

[24] L. 2 pr. D. de act. emti et vend. (19; 1). Bezüglich verkaufter Töpfe würde z. B. ein stillschweigendes Versprechen der Integrität der Regel nach anzunehmen sein. L. 6 §. 4 D. eod. l.

[25] L. 13 pr. D. eod. l. Diese Stelle handelt im Fall des mangelnden Dolus offenbar von der act. quanti minoris aus dem edictum aedilicium. Im Fall der Culpa war wohl nicht nach dem Satze: „Culpa cum culpa compensatur“ die act. emti ausgeschlossen, sondern deshalb, weil die Sache im Allgemeinen so, wie sie ist, als verkauft betrachtet werden muß, es sich also bei einer Haftung

Es ist das Interesse[26], worauf die Klage geht, darzulegen. Dies kann auch in Redhibition[27] oder in einer Minderung der Kaufsumme bestehen. Wenn es sich um das Fehlen eines dictum promissumve handelt, kann stets mit der actio emti auf Redhibition geklagt werden, sofern das Interesse des Käufers, zu redhibiren, schon daraus folgt, daß er ausdrücklich das Vorhandensein der fraglichen Eigenschaft bedungen hat. Er kann dann immer mit Grund geltend machen, daß er die Sache ohne die Eigenschaft überhaupt nicht gekauft haben würde.

d) Eine besondere Contractsklage setzt einen besonderen, meistens nachträglich[28a] errichteten Contract voraus. Dadurch kann namentlich

1) die Haftpflicht erweitert, z. B. selbige in Ansehung der Geschäfte auf Schenkungen ausgedehnt oder in Ansehung der Mängel auch auf das Fehlen besonderer Eigenschaften erstreckt werden.

2) Es kann das zu Leistende auf eine bestimmte Summe festgesetzt,

---

wegen Fehler um etwas die engeren Gränzen des Geschäfts Ueberschreitendes handelt, daher eine Haftung hierfür nur im Fall eines Dolus oder einer besonderen Zusage angenommen werden darf. Somit wird auch die culpa lata hier dem Dolus nicht gleichgestellt werden können. Die allgemeine Regel, daß beim Verkauf beide Theile für culpa levis haften, bezieht sich nur auf die die engeren Gränzen des Geschäfts nicht überschreitenden oder die natürlichen oder die selbstverständlichen Obliegenheiten. Z. B. Verkäufer muß die verkaufte Sache bewachen und tradiren, ist mithin auch für Schäden, die in dieser Hinsicht culpa levi verursacht sind, verantwortlich. H. G. B. Art. 343 Abs. 1; 344. Die Haftung wegen Dolus in Ansehung der die engeren Gränzen überschreitenden Umstände darf nicht mißverstanden werden. Eine innere Verbindung muß allerdings vorliegen, so daß die weiteren Gränzen nicht überschritten werden dürfen. Sonst könnte nicht mehr von einer act. emti die Rede sein. Vgl. zu dem Inhalt dieser Note auch Hesse im A. f. d. c. P. 61. B. S. 225—232.

Wenn ich nach dieser Note

a) ein Gebiet der engeren Gränzen, der natürlichen oder selbstverständlichen Obliegenheiten, der Möglichkeit einer Haftung für Culpa (vgl. dabei auch l. 63 §. 5 D. de furtis [47; 2], woraus hervorgeht, daß die engeren Gränzen nicht bei allen Verträgen gleich gezogen sind);

b) ein Gebiet der weiteren Gränzen, der Möglichkeit einer Contractsklage wegen Dolus (vgl. auch oben §. 107 Note 17 unter II zu a); und

c) ein ganz fremdes, nicht mehr die Contractsklage, sondern etwa nur die actio doli, zulassendes Gebiet

unterscheide, so ist dies für jeden Kenner des C. J. Civ. völlig klar. Für Anfänger hätte ich bezeichnendere Ausdrücke gewünscht, konnte sie aber nicht finden.

[26] Hierin liegt ein Hauptunterschied zwischen der act. emti und der act. redhibitoria, welche letztere Klage der Regel nach nur auf Rückgabe des Preises nebst Zinsen, nicht auf das Interesse geht.

[27] L. 11 §. 3 D. de act. emti et vend. (19; 1).

[28a] Vgl. l. 7 §. 5 und 6 D. de pact. (2; 14).

auch etwas Anderes bedungen werden. Im Zweifel würde die Klage auf das Interesse gehen.

In der Klage ist der Inhalt des Vertrages genau anzugeben. Im Uebrigen wird im Allgemeinen das oben unter a—c Bemerkte zu beobachten sein.

Die nach Römischem Recht übliche stipulatio duplae hat heutigen Tages keinen anderen Werth, als daß auch jetzt noch durch besonderen Vertrag das Doppelte des Pretiums dem Käufer zugesichert werden kann.[28b]

§. 111.

E. Die actio venditi wegen laesio enormis.

Die Begründung besteht darin:

a) daß Kläger als Verkäufer activ,

b) Beklagter als Käufer[1] passiv

zur Sache legitimirt seien;

c) daß es sich um Aufhebung des Kaufcontracts sowie Rückgabe der Sache nebst Zubehör und dem commodum rei gegen (oder auch ohne) Rücklieferung des Pretiums[2], sofern nicht Beklagter Zahlung des Kaufpreises bis zum vollen Werthe zur Zeit des Contractsabschlusses vorziehen sollte, handle;

d) weil

1) der Verkauf,

2) eines fundus oder der auf denselben gerichteten Forderung,

3) für weniger, als die Hälfte des vollen Werthes der Sache zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts, stattgefunden habe[3];

e) daß demnach Aufhebung des Vertrages und Rückgabe der Sache nebst Zubehör und dem commodum, insbesondere auch den Früchten[4]

[28b] Vgl. jedoch oben Note 18.

[1] Nicht als sonstiger Contrahent oder dritter Erwerber. Vgl. v. Vangerow a. a. O. §. 611 Anm. unter V.

[2] Ohne Zinsen, so weit Käufer durch die ihm etwa verbleibenden Vortheile der Benutzung der Sache gedeckt ist. Wenn im Text die Worte „(oder auch ohne)" hinzugefügt sind, so hat damit angedeutet werden sollen, daß zur Fundirung der Klage die Rücklieferung des Pretiums nicht berührt zu werden braucht. Im Uebrigen verweise ich auf den vorhergehenden §. 110 Note 14 und 15 und die Bemerkungen im Texte dazu.

[3] Der Dolus des Käufers ist irrelevant, dagegen Irrthum des Verkäufers über den Werth nothwendig. Es gehört aber nicht die Behauptung eines solchen zum Fundament der Klage, sondern die der Kunde zu dem einer Einrede.

[4] Die vom Beklagten bestellten dinglichen Rechte, z. B. Pfandrechte, bleiben

gegen Rücklieferung des Pretiums unter Umständen nebst Zinsen, sofern nicht Beklagter Zahlung des Kaufpreises bis zum vollen Werthe zur Zeit des Contractsabschlusses vorziehe, beantragt werde.[5]

§. 112.

F. Die Klagen aus der lex commissoria.[1]

Die lex commissoria beim Verkauf wirkt, wenn der Verkäufer davon Gebrauch machen will, es also nicht vorzieht, auf Zahlung des Pretiums zu klagen[2], im Zweifel auflösend, nicht aufschiebend.[3] Es ist

---

bestehen. Beklagter hat dafür Entschädigung zu leisten; volle im Fall seiner mala fides, das erhaltene Aequivalent im Fall der bona fides. Sie bleiben auch dann bestehen, wenn sie erst lite pendente bestellt sind, weil nach Nov. 112 c. 1 die Litigiosität der Sache nur bei dinglichen Klagen eintritt. Dies ist auch durch die C. P. O. §. 236 nicht geändert, indem dieser Paragraph nicht den materiellen, übrigens auch der Natur der Sache entsprechenden, römischrechtlichen Begriff der res litigiosa, sondern nur die Wirkungen der Veräußerung einer solchen, ändert.

[5] C. 3 X. de emt. et vend. (3; 17).

Eine Ausdehnung der die laesio enormis betreffenden c. 2 und 8 C. de rescindenda venditione (4; 44) auf den Käufer, auf bewegliche Sachen oder aedes oder auf andere Rechtsgeschäfte ist wegen der Singularität der Vorschrift und mit Rücksicht auf die Meinungsverschiedenheiten in der Theorie wie Praxis nicht statthaft. H. A. v. 1860, S. 129. Schl.-Holst. A. v. 1865, S. 345 fg.; aber auch v. 1881, S. 315. Das Preuß. Landrecht I. 11 §§. 56—59, der Code Nap. art. 1674—1685 und das Oesterr. bürg. G. B. §§. 934 und 935 enthalten der Hauptsache nach ganz entgegengesetzte Bestimmungen. Vgl. Arndts a. a. O. §. 307 Anm. Die weitere Anwendbarkeit in einem einzelnen Gerichtsbezirk setzt daher voraus, daß dafür dort ein Gesetz oder unzweifelhaftes Gewohnheitsrecht vorhanden sei. Aus dem H. G. B. Art. 275 und 286 kann man nicht ableiten, daß die Anfechtung auch auf bewegliche Sachen sich beziehe, indem sonst Art. 286 überflüssig gewesen wäre. Dieser Artikel war schon wegen der Verschiedenheit der Ansichten und zur Beseitigung von Particularitäten erforderlich. v. Vangerow a. a. O. §. 611; Wächter, Pandekten, II. (Leipzig 1881), S. 472—474, u. A. interpretiren die angeführten beiden Codexstellen ganz richtig, halten jedoch die angeblich weiter gehende Praxis für begründet. Wenn wirklich im einzelnen Fall unsere Auffassung zu einer besonderen Härte führen sollte, würde ich eine in integrum restitutio wegen Irrthums für zulässig halten. S. unten §. 370 unter 5 d zu ee.

Bei öffentlichen oder Privatversteigerungen muß eine Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte als der Absicht der Betheiligten widersprechend ausgeschlossen sein. Endemann a. a. O. §. 118 Note 5. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 39. Ebenso bei gewagten Verkäufen.

[1] Eine Art von gesetzlicher, und zwar nothwendig auszuübender lex commissoria enthält die C. P. O. §. 718. Vgl. übrigens auch H. G. B. Art. 354—359.

[2] L. 2 und 3 D. de lege commissoria (18; 3).

[3] L. 1 D. h. t. C. 3 und 7 C. de pact. i. e. c. v. c. (4; 54).

die Nichtzahlung des Preises eine eigentliche Bedingung, weil diese keineswegs lediglich vom Willen des Schuldners abhängt, sondern auch manche andere Umstände darauf einen Einfluß ausüben können. Demnach wird auch mit rückwirkender Kraft resolvirt, es möchte denn nur ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe nachweislich der Absicht der Contrahenten entsprechen. Deshalb ist die Klage des Verkäufers nicht blos eine actio venditi[4] oder eine besondere Vertragsklage gegen den Käufer oder dessen Erben, sondern es kann im Zweifel auch die rei vindicatio[5] gegen jeden Besitzer angestellt werden.

Zur Begründung jener persönlichen Klage müßte nun angegeben werden:

a) daß Kläger als Verkäufer activ,

b) Beklagter als Käufer passiv

zur Sache legitimirt seien;

c) daß die Rücklieferung der verkauften Sache nebst Früchten, Accessionen und Ersatz für vom Käufer verschuldete Beschädigungen verlangt werde[6];

d) weil Kläger dem Beklagten verkauft und tradirt habe, die lex commissoria hinzugefügt, die Anwendbarkeit derselben auch durch Nichtzahlung, mag ganz oder theilweise die Zahlung nicht erfolgt sein, eingetreten sei.

Zu beweisen braucht Kläger die Nichtzahlung nicht; sie wird bis zum Beweis des Gegentheils rechtlich präsumirt.

Der Behauptung einer Interpellation[7] bedarf es nicht; auch nicht, wenn kein bestimmter Zahlungstag vereinbart ist. Kläger muß dann aber behaupten, daß Beklagter eine angemessene Frist zur Zahlung gehabt, aber dessen ungeachtet nicht gezahlt habe.

Beklagter kann auch die von ihm zu beweisende[8] Einrede der ordnungsmäßigen Oblation oder gerichtlichen Deposition vorbringen.

---

[4] L. 6 §. 1 D. de contr. emt. (18; 1). Die Resolutivbedingung ist kein Hinderniß der act. venditi. Vgl. l. 62 §. 1 D. eod. l.; l. 11 §. 10 und 13 D. quod vi a. clam (43; 24).

[5] L. 8 D. h. t. C. 1 und 4. C. de pact. i. e. et v. c. (4; 54). Vgl. auch l. 41 pr. D. de R. V. (6; 1). R. e. c. 3 C. eod. l., welche den Fall betrifft, daß die Absicht der Parteien nur auf eine Obligation zur Restitution gerichtet war. Sell, Römische Lehre des Eigenthums, 2. Auflage (Bonn 1852), §. 5. Die dingliche Klage kann auch eine actio negatoria sein; z. B. A. hat dem B. sub lege commissoria eine Servitut verkauft und macht wegen Nichtzahlung des Pretiums von der lex commissoria Gebrauch.

[6] L. 5 und 6 §. 1 D. h. t. Ist die Sache noch gar nicht tradirt, so würde Verkäufer eine Feststellungsklage in Gemäßheit der C. P. O. §. 231 anstellen können.

[7] Die l. 4 §. 4 D. h. t. erklärt ganz allgemein die Interpellation für überflüssig.

[8] L. 4 §. 4, l. 8 D. h. t.

Kläger braucht deren Unterlassung aber nur dann zu behaupten, wenn das pactum commissorium selbige neben Zahlung ausdrücklich mitaufgeführt hatte.

e) Der Antrag ergibt sich aus dem zu c Bemerkten.

Wenn bei den vorstehenden Angaben nur eine zu Gunsten des Verkäufers hinzugefügte lex commissoria berücksichtigt ist, so beruht dies darauf, daß dies der gewöhnliche Fall sein wird. Es läßt sich auch denken, daß sie zu Gunsten des Käufers vereinbart worden, so daß dieser bei nicht rechtzeitiger Lieferung der Sache Rücklieferung des Pretiums oder gerichtliche Feststellung seines Rücktrittsrechts beanspruchen könnte.

---

2. Miethe (locatio conductio).

Die Klagen aus der locatio conductio sind in diesem Buche am ausführlichsten behandelt, weil dieser Vertrag mit Rücksicht auf sein Eingreifen in den Verkehr und das Leben bei Weitem der wichtigste ist und um wenigstens bei Einem Vertrage darauf hinzuweisen, wie unendlich verschiedene Klagen aus einem solchen möglicherweise entstehen können. Uebrigens sind auch die bei der locatio conductio behandelten einzelnen Klagen immer nur Beispiele, die bei der außerordentlichen Gründlichkeit unserer gewerbe- und handelsrechtlichen Gesetzgebung noch erheblich hätten vermehrt werden können. Zu den anziehendsten Lehren gehört die von der locatio conductio für einen Schriftsteller gerade nicht. Der Grund liegt darin, daß das C. J. Civ. zu wenig die maßgebende Quelle ist. Ich theile freilich nicht ganz die Ansicht, daß dasselbe als ratio scripta eine hervorragende Bedeutung habe. Das H. G. B. sammt der S. O. und die G. O. stelle ich in dieser Hinsicht mindestens ebenso hoch. Aber die außerordentliche Gründlichkeit und Uebersichtlichkeit dieser Quellen macht es dem Schriftsteller sehr schwer, neue Gesichtspunkte von Interesse aufzustellen, während solches bei dem doch viele Lücken enthaltenden und ungenügend geordneten C. J. Civ. leichter ist. Ich bitte daher um Entschuldigung, wenn die folgenden Paragraphen über die locatio conductio vielfach nur als Auszug aus den erschöpfenden, vielleicht gar etwas zu casuistischen Gesetzen erscheinen.

A. Sachenmiethe (locatio conductio rei).

§. 113.

a. Actio locati.

Es ist anzugeben:

1) daß Kläger als Locator,

2) Beklagter als Conductor (unter Umständen, z. B. in Ansehung

der Restitution der gemietheten Sache, als gesetzlich solidarisch mitverpflichteter Conductor — l. 5 §. 15 D. comm. v. contra [13; 6] —) activ, bezw. passiv zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Zahlung des Pretiums, Rückgabe der vermietheten oder verpachteten Sache nebst Zubehör und Accessionen [1], Schadensersatz u. s. w., oder das Eine oder Andere handle;

4) weil eine locatio conductio geschlossen sei, d. h.

a) eine perfect gewordene Einigung [2]

b) über die Gewährung der Benutzung (das praestare des uti frui licere) eines eigenen oder fremden [3] Gegenstandes

c) gegen eine bestimmte Geldsumme (Preis, merces, pensio [4]) oder bei Verpachtungen (z. B. eines Ackers, Steinbruchs u. s. w.) auch einen aliquoten oder nicht aliquoten Theil der Früchte. [5]

Was beim Kauf über die Festsetzung des Preises durch einen bestimmten oder unbestimmten Dritten oder einen der Contrahenten angegeben ist, gilt auch von der locatio conductio. [6]

Wenn auf Zahlung des Miethgeldes geklagt wird, ist die Angabe noth-

---

[1] Bei einem Streit darüber, ob Vermiether oder Miether einen Anspruch auf verbundene Sachen habe, müßte der Locator behaupten, daß die Verbindung schon zur Zeit der Vermiethung bestanden habe oder später von ihm oder für ihn erfolgt sei, brauchte dies jedoch nicht zu beweisen, weil das Bestehen der Verbindung für ihn spricht. Also hätte der Conductor zu behaupten und zu beweisen, daß er für sich oder ein Dritter für ihn später verbunden und er daher das Recht zur Wegnahme habe.

[2] Denkt der Locator an einen höheren Preis, als der Conductor, so ist das Geschäft nichtig; im umgekehrten Fall gilt der geringere Preis. L. 52 D. locati conducti (19; 2).

[3] Der Regel nach nicht einer Sache des Miethers. L. 15 D. dep. v. contra (16; 3). L. 45 pr. D. de R. J. (50; 17). C. 20 C. de locato et conducto (4; 65). Eine Ausnahme enthält l. 35 §. 1 und l. 37 D. de pign. act. v. contra (13; 7) sowie l. 28 D. de acq. v. am. poss. (41; 2), wonach der Eigenthümer seine eigene Sache mit Rücksicht auf den dem Vermiether daran zustehenden Besitz miethen kann. Ein Gleiches würde der Fall sein, wenn der Vermiether Emphyteuta, Superficiar, Nutznießer u. d. m. ist.

[4] Es liegt ein Innominatrealcontract mit Zulassung der actio praescriptis verbis vor, wenn die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in etwas Anderem besteht. §. 2 J. de locatione et conductione (3; 24). Dagegen ist es gleichgültig, wenn mit dem Geldpreise noch eine Nebenleistung verbunden ist, z. B. daß Pächter 100 Mark durch Lieferung von Korn solle berichtigen können. L. 19 §. 3 D. h. t.

[5] L. 25 §. 6 D. h. t.
C. 8 und 21 C. h. t.

[6] §. 1 J. de emt. et vend. (3; 23).
§. 1 J. h. t.
L. 25 pr. D. h. t.

wendig, daß die Zeit des gewährten oder offerirten Gebrauchs abgelaufen oder eine andere Zahlungszeit bedungen oder üblich und gekommen sei.

Wird auf Rückgabe der Sache geklagt, so ist zu behaupten und näher darzulegen, daß das Miethverhältniß beendigt worden.[7]

Bei einer Klage auf Schadensersatz wird es darauf ankommen, ob die Klage unmittelbar auf den Contract gestützt werden kann oder nicht. Im ersteren Fall, z. B. wenn es sich um Rückgabe der Sache in unbeschädigtem Zustande handelt, ist es Sache des Beklagten, wenn er solche Rückgabe nicht beschaffen kann, sich zu exculpiren.[8] Im zweiten Fall hat Kläger darzulegen, daß der Miether durch Culpa den Schaden verursacht habe. In allen Fällen enthält namentlich auch jede eigenmächtige Ueberschreitung des bedungenen Gebrauchs ein Verschulden; z. B. der Conductor gebraucht das für eine Stadttour gemiethete Pferd zu einer größeren Landtour oder er nimmt gegen Abrede eine Aftervermiethung vor.

5) Der Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu 3.

---

[7] Eine Endigung der locatio conductio außer der Zeit könnte darauf gegründet werden, daß das fällige Miethgeld 2 Jahre lang nicht bezahlt sei (l. 54, §. 1, l. 56 D. h. t.; Nov. 120 c. 8; c. 3 X. de locato et conducto [3; 18]), welche Nichtzahlung Kläger natürlich nicht zu beweisen braucht; bei der Verpachtung öffentlicher Einkünfte Pachtgeld rückständig sei (l. 10 §. 1 D. de public. [39; 4]); der Conductor die Sache gemißbraucht habe (l. 54 §. 1 D. h. t.; c. 3 C. h. t.; c. 3 X. h. t.), wozu aber nicht gerade eine Beschädigung der Sache erforderlich ist; daß sie jetzt nothwendig einer den Gebrauch nicht zulassenden Ausbesserung bedürfe (l. 30 pr., l. 35 pr. D. h. t.; c. 3 C. h. t.); daß der Locator, ohne solches vorhergesehen zu haben und vorhersehen zu müssen, die vermiethete Wohnung nothwendig selbst gebrauchen müsse (c. 3 C. h. t.; c. 3 X. h. t.); endlich daß Concurs über das Vermögen des Conductors ausgebrochen sei, worüber die §§. 15, 17 und 18 der K. O. zu vergleichen sind.

S. auch noch l. 15 §. 9 D. h. t.

[8] L. 9 §. 4 D. h. t. Vgl. auch Busch a. a. O. 30. B. (Berlin 1874), S. 340. Eine Culpa kann auch in der Unterhaltung einer Feindschaft mit dem Nachbar des gemietheten oder gepachteten Grundstücks liegen. L. 25 §. 4 D. h. t. Der Beweis, daß die Sache nicht unverletzt restituirt werden könne, weil der Nachbar sie beschädigt habe, würde freilich der Regel nach als genügende Exculpation gelten müssen. Dagegen wäre zu repliciren, daß dieser aus Feindschaft so gehandelt habe. Und dann müßte duplicirt werden, daß Beklagter in Ansehung der Feindschaft sich nicht in Culpa befinde. —

Wenn ein gemiethetes Haus inzwischen durch den Schwamm beschädigt zurückgeliefert wird, müßte der Miether behaupten und beweisen, daß der Schwamm ohne seine Culpa entstanden, auch rechtzeitig zur Abhülfe dem Vermiether angezeigt oder ohne Culpa nicht wahrgenommen sei. Vgl. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 27.

§. 114.

b. Actio conducti.

Sie erfordert zu ihrer Begründung die Behauptungen:

1) daß Kläger als Conductor activ,

2) Beklagter als Locator passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Ueberlieferung und Gewährung der gemietheten oder gepachteten Sache zum Gebrauch, bezw. Fruchtbezuge[1] nebst Zubehör[2], Instandhaltung, Ersatz für Verwendungen, Gestattung des Rechts zur Wegnahme solcher, Schadensersatz, Remission am Pachtgelde[3], Rückzahlung zu viel gezahlten Miethgeldes[4], Gewährung der vom Vermiether beseitigten Möglichkeit, nach beendigtem Miethverhältniß mit den inserirten Sachen auszuziehen[5]; um die Anerkennung, daß das Miethverhältniß erloschen sei; um Cession von Klagen u. d. m., oder das Eine oder Andere handle;

4) daß der Grund der Klage im Allgemeinen darin bestehe, daß eine locatio conductio geschlossen sei.

Wird auf Ueberlieferung der gemietheten Sache angetragen, so ist nichts weiter erforderlich, namentlich auch nicht die Behauptung, daß ein Anfangstermin ausgemacht und gekommen sei, da in Ermangelung einer derartigen Bestimmung sofort zu überliefern ist. In solchen Fällen jedoch, in denen die Festsetzung eines Anfangstermins allgemein üblich ist, müßte Kläger auch behaupten, daß selbiger eingetreten oder ausnahmsweise sofortige Fälligkeit beliebt sei.

Wenn auf den Zubehör geklagt wird, ist die Angabe zu machen

---

[1] Zu welchem Zwecke auch eine Klage gegen einen Dritten von Seiten des Locators anzustellen sein kann. Vgl. Schl.-Holst. A. v. 1874, S. 170.

[2] L. 19 §. 2 D. h. t.

[3] Bei einer colonia partiaria kann, sofern es sich um eine Quote der Früchte handelt, von Remission nicht die Rede sein. L. 25 §. 6 D. h. t.

[4] Z. B. das für 1000 Mark jährlichen Miethgeldes gemiethete Haus geht nach sechs Monaten durch Brand oder ähnlichen Zufall zu Grunde und die 1000 Mark waren pränumerirt; dann können 500 Mark mit der act. conducti zurückverlangt werden, nicht mit der condictio indebiti. Dagegen würden, wenn das 400 Mark betragende Miethgeld irrthümlich mit 600 Mark berichtigt wäre, 200 Mark nicht mit der act. conducti, sondern mit der condictio indebiti zurückgefordert werden können. L. 19 §. 6 D. h. t. Wenn die 1000 Mark blos provisorisch geleistet wären, würden die 500 Mark freilich auch mit einer condictio causa data causa non secuta zurückverlangt werden können. Vgl. unten §. 257 Note 12.

[5] L. 19 §. 5 D. h. t.

daß der näher zu specificirende Zubehör ausdrücklich oder nach der genauer darzulegenden Absicht der Contrahenten stillschweigends im Miethvertrage mitenthalten sei.

Wird auf die Instandsetzung oder die Instandhaltung oder die Vornahme sonstiger nothwendiger Ausbesserungen geklagt, so ist auseinanderzusetzen, daß die Sache solcher bedürfe.[6]

Im Fall der Klage auf Ersatz für Verwendungen muß behauptet werden, daß solche vom Miether gemacht und entweder nothwendig oder nützlich gewesen,[7] oder vom Vermiether aufgetragen oder genehmigt seien.

In Ansehung anderer wegzunehmender Verwendungen ist nur anzugeben, daß sie für den Conductor gemacht und noch vorhanden seien. Gegen die Einrede der fehlenden Caution für Erstattung von Beschädigungen könnte replicirt werden, daß Kläger solche Caution zu leisten bereit sei.[8]

Bei einer Klage auf Schadensersatz ist wiederum zu unterscheiden, ob dieselbe unmittelbar auf die Nichterfüllung einer contractlichen Leistung, zu welcher Nichterfüllung auch die Entwehrung der gemietheten Sache gehört, gestützt werden kann oder nicht. Im ersteren Fall, z. B. wenn es sich um Ueberlieferung der Sache zum Gebrauch handelt, braucht Kläger seinen Entschädigungsanspruch nicht mit auf eine Culpa zu stützen, indem Beklagter sich jedenfalls exculpiren müßte. Im anderen Fall hat Kläger anzugeben, daß der näher anzugebende Schaden durch Verschulden des Vermiethers entstanden sei.

Außer wegen Culpa in den Fällen der durch den Vertrag in engerer Weise begränzten oder natürlichen oder selbstverständlichen Obliegenheiten und wegen Dolus auch darüber hinaus[9] haftet der Vermiether wegen Mangels eines Rechts desselben zur Gewährung des Gebrauchs[10] oder wegen sonstiger Nichterfüllung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zusage.[11] Bei Nichtgewährung eines dictum promissumve würde im Zweifel nur der Nachweis einer vis major, z. B. eines in-

---

[6] L. 15 §. 1, l. 25 §. 2 D. h. t.

[7] L. 55 §. 1 D. h. t.

[8] L. 19 §. 4 D. h. t.

[9] Vgl. §. 110 Note 25.

[10] L. 7, l. 9 pr. §. 1, l. 15 §. 1 und 8 D. h. t.

[11] Die Vermiethung von Gefäßen zur Aufnahme von Flüssigkeiten enthält stillschweigends die Zusage der Dichtigkeit. Sind sie undicht, so haftet der Locator für das Interesse. Anders bei der Verpachtung von Ländereien, auf denen sich giftige Kräuter mitbefinden. Hier haftet der Verpächter für das Interesse nur im Fall eines Dolus; sonst blos nach den Grundsätzen über Remission. L. 19 §. 1 D. h. t.

cendium, nicht eines gewöhnlichen Casus den Beklagten von der Haftung für das Interesse (nicht auch auf Rückgabe des merces) befreien.[12]

Wenn es sich um einen Remissionsanspruch wegen Schadens an den Früchten handelt, so besteht der hervorzuhebende Grund darin, daß durch unabwendbaren Zufall (Ueberschwemmung, Feuer, Hagelschlag, Vogelfraß, Ueberfall des Feindes u. d. m.; nicht Unfruchtbarkeit des Bodens und nicht Ueberfall von Räubern — c. 12 C. h. t. —) ein erheblicher Schaden an den vorhandenen Früchten oder den zu erwartenden eingetreten sei, daß dies vor der Perception im weiteren Sinn mit Einschluß des Einfahrens oder Einbringens in die Scheuern[13] geschehen und daß die vom Kläger beanspruchte Ersatzsumme mit Rücksicht auf die näheren Umstände (den Gegenstand, das Pretium, die Dauer des Contracts, indem eine reichlichere frühere oder künftige Aerndte mit zu berücksichtigen ist[14], die Höhe des Schadens, die übrigens jedenfalls dem Pächter allein zur Last fallenden Bestellungskosten u. s. w.) billig sei.[15]

Eine Endigung des Mieth- oder Pachtverhältnisses außer der Zeit könnte darauf gestützt werden, daß der Locator die Gewährung des Gebrauchs ungebührlich verzögert habe[16]; daß Mängel der Sache den Gebrauch ganz oder übermäßig hinderten[17]; daß der Gebrauch eine gerechte Furcht verursache[18]; daß das Concursverfahren über das Vermögen des Locators oder Conductors eröffnet sei.[19]

Wenn auf Cession geklagt wird, so könnte dies u. A. darauf gestützt werden, daß Kläger den Beklagten wegen des Verlustes der gemietheten Sache entschädigt habe, daß Beklagtem gegen Dritte Klagen

---

[12] L. 9 pr. §. 1, l. 33 D. h. t.

Uebrigens ist bei allen diesen Punkten die Regel: „Mimina non curat praetor" zu beachten. L. 24 §. 4, l. 27 pr., l. 46 D. h. t.

[13] Auf die Zeit des Ausbreschens oder gar des nicht verzögerten Verkaufs zu sehen, dürfte zu weit gehen. Vgl. v. Vangerow a. a. O. §. 641 Anm. 1 unter 2. Derselbe betrachtet schon das Einscheuern als zu weit gehend.

[14] Nicht der Pächter hat zu behaupten, daß nicht schon durch frühere reichliche Aerndten eine Ausgleichung eingetreten sei, sondern der Verpächter das Gegentheil. C. 8 C. h. t.

[15] L. 15 §. 2—5 und 7, l. 25 §. 6 D. h. t.

[16] L. 24 §. 4, l. 60 pr. D. h. t. Vgl. S. O. §. 28.

[17] L. 25 §. 2, l. 27 pr. D. h. t. Vgl. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 49 und Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 21.

[18] L. 13 §. 7, l. 27 §. 1 D. h. t. Vgl. Schl.-Holst. A. v. 1864, S. 109 und 110, sowie Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 191. Ueber die Einrede, daß Kläger durch Verschulden den gefahrdrohenden Zustand herbeigeführt oder nicht beseitigt habe, s. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 118.

[19] Vgl. darüber K. O. §§. 15, 17 und 18.

auf Wiedererlangung (vindicatio, condictio) zuständen und diese daher zu cediren seien.[20]

Wegen Einquartirungskosten und Requisitionen läßt sich gemeinrechtlich ein Anspruch des Miethers oder Pächters gegen den Locator nur dann begründen, wenn jene gerade dem letzteren auferlegt und nur vom Conductor als Gestor oder Mandatar abgehalten waren.

5) Der Antrag ergibt sich von selbst aus dem Passus 3.

B. Dienstmiethe (locatio conductio operarum).

§. 115.

a. Actio locati.

Dieselbe ist in folgender Weise zu begründen:

I. Kläger sei als Locator activ,

II. Beklagter sei als Conductor passiv

zur Sache legitimirt.

III. Es handle sich um Zahlung des Dienstlohns, Gewährung von Nebenleistungen, wie Kost und Wohnung, Schadensersatz, Aufhebung des Dienstverhältnisses, Ertheilung eines Zeugnisses u. d. m., oder das Eine oder Andere.[1]

IV. Der Grund der Klage bestehe im Allgemeinen darin, daß

eine Vereinbarung über genügend bestimmte, schätzbare Dienste (operae illiberales)[2] gegen einen bestimmten Geldlohn geschlossen und perfect geworden sei.[3]

Die actio locati erfordert ferner:

1) wenn auf den Dienstlohn geklagt wird, die Angabe, daß die

---

[20] L. 25 §. 8 D. h. t.

[1] Bei Handlungsgehülfen besteht der Lohn nicht selten ganz oder zum Theil in einer Provision für die von ihnen geschlossenen oder vermittelten Geschäfte, auch wohl in einer Tantième des geschäftlichen Gewinns. Dieser Umstand berechtigt noch nicht zur Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über eine Societät. Z. B. würde eine Haftung nur für relative culpa levis deshalb nicht begründet sein. Vgl. Behrend a. a. O. S. 318 und 319.

[2] Wenn es sich um operae liberales handelt, so finden ungeachtet eines Honorars jetzt allgemein, auch auf Zahlung des Honorars, die actiones mandati Statt (nach Röm. Recht auf Zahlung des Honorars der Regel nach eine extraordinaria persecutio — c. 1 C. mand. v. contra (4; 35); l. 1 D. de extr. cogn. [50; 13] —). Von diesen gelten dann im Allgemeinen gleiche Grundsätze, wie von den act. locati und conducti, abgesehen davon, daß der, welcher operae liberales leisten soll, der Regel nach nur für culpa lata haftet.

[3] Handelt es sich um Dienste, für welche eine Bezahlung üblich ist, und um Personen, welche sich gewöhnlich dafür bezahlen lassen, wie Aerzte, Hebammen,

Dienste geleistet oder zurückgewiesen oder durch einen nicht die Person des Vermiethers berührenden Casus unmöglich gemacht[4] seien. oder eine andere Zahlungszeit, als die nach Leistung der Dienste, bedungen oder gesetzlich eingeführt oder ortsüblich und gekommen sei (wobei in Betreff der gesetzlichen Einführung natürlich nur die thatsächliche Grundlage des Gesetzes anzugeben ist);

2) wenn Nebenleistungen, wie Gewährung von Kost und Wohnung, verlangt werden, daß solche bedungen oder gesetzlich oder ortsüblich seien und die Zeit des Dienstantritts bereits eingetreten sei;

3) wenn es sich um Schadensersatz handelt, daß Kläger einen Schaden und zwar einen wie hohen Schaden durch das Verschulden des Beklagten erlitten habe[5]; es möchte denn der Anspruch auf Schadensersatz auf einen anderen Rechtsgrund, wie Nichterfüllung eines dictum promissumve, gestützt werden können, in welchem Fall, sofern Beklagter überhaupt blos für culpa levis haftet, er sich jedenfalls exculpiren müßte;

4) wenn darauf geklagt wird, daß das Dienstverhältniß als erloschen behandelt werde, daß ein Grund dazu und, sofern es sich um eine bloße Feststellungsklage handelt, daß auch ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen richterlichen Entscheidung vorliege.

Was das Genauere dieses Grundes anbetrifft, so ist namentlich

A. das Handelsrecht (vorläufig abgesehen vom Seerecht),

B. das Gewerberecht und

C. das Gesinderecht[6]

zu berücksichtigen.

Makler, Handwerker, Arbeiter u. A., so gibt das Röm. Recht theils die actio praescriptis verbis, theils eine extraordinaria persecutio, theils die actiones mandati (letztere jedoch nur bei operae liberales).

[4] L. 28 D. h. t. Wenn im Fall der Zurückweisung und der durch einen nicht die Person des Vermiethers treffenden Zufall herbeigeführten Nichtleistung der Dienste der letztere durch sonstige Vermiethung seiner Dienste entschädigt oder die Nichtentschädigung ihm als Dolus anzurechnen ist, so kann er der Regel nach nicht den Lohn vom ersten Miether verlangen. Es gehört aber nicht zur Klagbegründung die Behauptung, daß man nicht anderweitig entschädigt sei und seine Dienste nicht habe vermiethen können, auch in dieser Hinsicht der Vorwurf eines Dolus grundlos sei, sondern Beklagter muß eine bezügliche Einrede vorbringen. Vgl. l. 19 §. 9 und 10 D. h. t., und Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 28; ferner E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 51. Diese Entscheidung ist gewiß richtig, aber wohl deshalb, weil die Betheiligten von Anfang an offenbar davon ausgegangen sind, daß mit dem gesetzlichen Wegfall des Bauervogtsdienstes die Gegenleistung hinfällig werden müsse.

[5] G. O. §§. 112, 123, 132 und 133.

[6] Die Aufnahme des Gesinderechts in das Familienrecht von Seiten des Preußischen Landrechts scheint mir mit Rücksicht auf die Entstehung, die Endigung und auch den Inhalt des Gesindeverhältnisses nicht richtig zu sein.

Zu A. (Handelsrecht mit Ausnahme des Seerechts).

Dienstverhältniß zwischen dem Principal und dem Handlungsgehülfen.

a) Gewöhnlicher Erlöschungsgrund.

„Das Dienstverhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsdiener kann von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchiger Kündigung aufgehoben werden. Ist durch Vertrag eine kürzere oder längere Zeitdauer oder eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so hat es hierbei sein Bewenden.“ [7]

„In Betreff der Handlungslehrlinge[8] ist die Dauer der Lehrzeit nach dem Lehrvertrage und in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche zu beurtheilen.“ [9]

Zur Begründung der Klage ist der betreffende Erlöschungsgrund näher anzugeben. Wenn die Beendigung des Lehrvertrages nach örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche geltend gemacht werden soll, so ist zu behaupten, daß der Lehrvertrag hiernach beendigt sei.

b) Außerordentliche Erlöschungsgründe.

„Die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit (Artikel 61.) kann aus wichtigen Gründen verlangt werden.“ [10]

„Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.“ [11]

„Gegen den Prinzipal kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden, wenn derselbe den Gehalt oder den

---

[7] H. G. B. Art. 61 Abs. 1. Es ist zu beachten, daß die Art. 61 – 64 des H. G. B. auf den Vorstand einer Actiengesellschaft, „welcher auch Geschäfte eines gewöhnlichen Handlungsgehülfen besorgt“, nicht anwendbar sind. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 60.

[8] Das Verhältniß in Betreff der Handlungs- sowie auch der Gewerbelehrlinge ist freilich der Regel nach als locatio conductio eines von Seiten des Lehrherrn zu liefernden Opus aufzufassen. Da indessen die rechtlichen Grundsätze über die Lehrlinge nicht gut von denen über die sonstigen Handlungs- und Gewerbegehülfen getrennt werden konnten, sind sie schon bei der locatio conductio operarum hervorgehoben worden. Uebrigens ist auch der Gesichtspunkt der locatio conductio nicht immer im Sinne des Röm. Rechts zutreffend. Es kann sich danach auch um ein Mandat, einen Innominatrealcontract u. d. m. handeln. Vgl. Endemann a. a. O. §. 26 unter III zu A. S. ferner auch die Zusammenstellung von Entscheidungen höchster deutscher Gerichtshöfe über den kaufmännischen Lehrvertrag in den Beiträgen von Gruchot, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 819—847.

[9] H. G. B. Art. 61 Abs. 2.

[10] H. G. B. Art. 62 Abs. 1. Vgl. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 209.

[11] H. G. B. Art. 62 Abs. 2.

gebührenden Unterhalt nicht gewährt, oder wenn er sich thätlicher Mißhandlungen oder schwerer Ehrverletzungen gegen den Handlungsgehülfen schuldig macht."[12]

Zu B. (Gewerberecht[13]).

a) Verhältniß zwischen dem Arbeitgeber und den Gesellen oder Gehülfen.

I. Gewöhnlicher Erlöschungsgrund.

„Das Arbeitsverhältniß zwischen den Gesellen oder Gehülfen und ihren Arbeitsgebern kann, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, durch eine jedem Theil freistehende, vierzehn Tage vorher erklärte Aufkündigung gelöst werden."[14]

II. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

Die Gesellen und Gehülfen können die Arbeit vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung verlassen:

1) „wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig werden;

2) wenn der Arbeitgeber oder seine Vertreter sich Thätlichkeiten

---

[12] H. G. B. Art. 63. In den Fällen der Art. 62 und 63 hat erst der Richterspruch, nicht schon die vorhergegangene Erklärung der Partei die auflösende Wirkung.

[13] Nach dem Reichsgesetz, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 17. Juli 1878, durch welches namentlich der Titel VII der Gewerbeordnung abgeändert ist und welches im Art. 1 an Stelle des Titels VII der G. O. unter der Ueberschrift: „Titel VII. Gewerbliche Arbeiter (Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter)" folgende Verhältnisse behandelt, nämlich

1. Allgemeine Verhältnisse (§§. 105—120^{a}),
2. Verhältnisse der Gesellen und Gehülfen (§§. 121—125),
3. Lehrlingsverhältnisse (§§. 126—133),
4. Verhältnisse der Fabrikarbeiter (§§. 134—139^{b}),

finden auf Fabrikarbeiter die Bestimmungen der §§. 121—125 oder, wenn die Fabrikarbeiter als Lehrlinge anzusehen sind, die Bestimmungen der §§. 126—133 Anwendung (§. 134 des Gesetzes).

Die Bestimmungen der §§. 105—133 finden auf Gehülfen und Lehrlinge in Apotheken und Handelsgeschäften keine Anwendung.

Die Bestimmungen der §§. 134—139^{b} finden auf Arbeitgeber und Arbeiter in Werkstätten, in deren Betrieb eine regelmäßige Benutzung von Dampfkraft stattfindet, sowie in Hüttenwerken, in Bauhöfen und Werften entsprechende Anwendung.

In gleicher Weise finden Anwendung die Bestimmungen der §§. 115—119 und 135—139^{b} auf die Besitzer und Arbeiter in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten und unterirdisch betriebenen Brüchen oder Gruben.

Arbeiterinnen dürfen in Anlagen der im vorhergehenden Abs. bezeichneten Art nicht unter Tage beschäftigt werden (Art. 2 unter 8 des Gesetzes).

Ueber den Unterschied zwischen Gewerbe- und Handlungsgehülfen s. Busch a. a. O. 32. B. S. 256—258.

[14] G. O. §. 122 (110).

oder grobe Beleidigungen gegen sie oder ihre Familienangehörigen zu Schulden kommen lassen[15];

3) wenn der Arbeitgeber oder seine Vertreter oder Familienangehörige derselben die Arbeiter oder deren Familienangehörige zu Handlungen verleiten oder mit den Familienangehörigen der Arbeiter Handlungen begehen, welche wider die Gesetze oder die guten Sitten laufen;[16]

4) wenn der Arbeitgeber den Arbeitern den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt, bei Stücklohn nicht für ihre ausreichende Beschäftigung sorgt, oder wenn er sich widerrechtlicher Uebervortheilungen gegen sie schuldig macht;

5) wenn bei Fortsetzung der Arbeit das Leben oder die Gesundheit der Arbeiter einer erweislichen Gefahr ausgesetzt sein würde, welche bei Eingehung des Arbeitsvertrages nicht zu erkennen war.[17]

In den unter Nr. 2 und 3 gedachten Fällen ist der Austritt aus der Arbeit nicht mehr zulässig, wenn die zu Grunde liegenden Thatsachen dem Arbeiter länger als eine Woche bekannt sind."[18]

Ueberdies ist zu beachten, daß „Gewerbetreibende, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, — so lange ihnen diese Rechte entzogen bleiben, mit der Anleitung von Arbeitern unter achtzehn Jahren sich nicht befassen" dürfen. „Die Entlassung der" diesem „Verbot zuwider beschäftigten Arbeiter kann polizeilich erzwungen werden."[19] Es wird aber auch im Civilproceßwege geklagt werden können.

b) Verhältniß zwischen dem Lehrherrn und Lehrling.

I. Gewöhnlicher Erlöschungsgrund.

Die Bestimmung des H. G. B. Art. 61 Abs. 2, daß die Dauer der Lehrzeit nach dem Lehrvertrage und in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche zu beurtheilen sei, wird auch auf gewerbliche Verhältnisse analog ausgedehnt werden dürfen.[20]

---

[15] Der Arbeitgeber haftet in dieser Hinsicht für seine Vertreter unbedingt; nicht blos, wenn ihm eine culpa in eligendo zur Last fällt.

[16] In Betreff der Verleitung und der Handlungen Seitens der Vertreter und Familienangehörigen ist wiederum ein Verschulden der Arbeitgeber nicht erforderlich.

[17] War bei Eingehung des Vertrages wohl eine Gefahr zu erkennen, aber eine geringere, so würde dadurch die Anwendbarkeit der vorliegenden Bestimmung nicht ausgeschlossen werden.

[18] G. O. §. 124 (112).

[19] G. O. §. 106.

[20] Dies gilt auch vom Ortsgebrauch, mag ihm eine opinio juris zu Grunde liegen, so daß er Gewohnheitsrecht bildet, oder nicht. Im letzteren Fall müßte im Zweifel angenommen werden, daß die Contrahenten ihn für ihr Verhältniß hätten gelten lassen wollen.

II. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

„Das Lehrverhältniß kann, wenn eine längere Frist nicht vereinbart ist, während der ersten vier Wochen nach Beginn der Lehrzeit durch einseitigen Rücktritt aufgelöst werden. Eine Vereinbarung, wonach diese Probezeit mehr als drei Monate betragen soll, ist nichtig.“ [21]

„Der Lehrvertrag wird durch den Tod des Lehrlings aufgehoben. Durch den Tod des Lehrherrn gilt der Lehrvertrag als aufgehoben, sofern die Aufhebung innerhalb vier Wochen geltend gemacht wird.“ [22]

„Wird von dem Vater oder Vormund für den Lehrling oder, sofern der letztere großjährig ist, von ihm selbst dem Lehrherrn die schriftliche Erklärung abgegeben, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder anderen Berufe übergehen werde, so gilt das Lehrverhältniß, wenn der Lehrling nicht früher entlassen wird, nach vier Wochen als aufgelöst. Den Grund der Auflösung hat der Lehrherr in dem Arbeitsbuche zu vermerken.“ [23]

„Von Seiten des Lehrlings kann das Lehrverhältniß nach Ablauf der Probezeit aufgelöst werden:

1) wenn einer der im §. 124 unter Nr. 1, 3 bis 5 vorgesehenen Fälle vorliegt [24];

2) wenn der Lehrherr seine gesetzlichen Verpflichtungen [25] gegen den Lehrling in einer die Gesundheit, die Sittlichkeit oder die Ausbildung des Lehrlings gefährdenden Weise vernachlässigt, oder das Recht der väterlichen Zucht mißbraucht oder zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtungen unfähig wird.“ [26]

Was so eben unter IV 4 B a in Ansehung des §. 106 der G. O. gesagt ist, gilt auch hier.

c) Verhältniß der Fabrikarbeiter.

Das, was über das Verhältniß zwischen dem Arbeitgeber und den Gesellen oder Gehülfen zu B a hervorgehoben ist, findet auch auf Fabrikarbeiter Anwendung. Desgleichen das über das Verhältniß zwischen dem Lehrherrn und Lehrling zu B b Bemerkte, wenn die Fabrikarbeiter als Lehrlinge anzusehen sind. [27]

---

[21] G. O. §. 128 Abs. 1. Die Nichtigkeit bezieht sich auf den drei Monate, nicht auf den vier Wochen übersteigenden Betrag.

[22] G. O. §. 128 Abs. 4 (123 Abs. 1).

[23] G. O. §. 131 (122). Wenn der Grund der Auflösung nicht in Erfüllung gegangen ist und die angegebene schriftliche Erklärung auf einem Dolus oder einer Culpa beruht, würden Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden können.

[24] S. den Text zu Note 18.

[25] G. O. §. 126 (118).

[26] G. O. §. 128 Abs. 3 (121 Abs. 1 und 123 Abs. 2).

[27] G. O. §. 134 (127).

Zu C. (Gesinderecht).[28]

Da eine gemeine oder Reichsgesindeordnung nicht erlassen ist, es auch an einzelnen gemeinen oder reichsgesetzlichen, das Gesinde betreffenden Verordnungen fast ganz fehlt, so kann von einem gemeinen oder reichsgesetzlichen Gesinderecht kaum die Rede sein. Dagegen wird das Landesrecht in dieser Hinsicht genügend für gesetzliche Normen gesorgt haben. Im Allgemeinen werden ähnliche Grundsätze, wie beim Verhältniß zwischen Arbeitgeber und Gesellen oder Gehülfen oder zwischen Lehrherrn und Lehrling, in Betracht kommen.

Die Kündigung wird überall als Erlöschungsgrund gelten, wobei wohl meistens auch vor Ablauf der vereinbarten Miethezeit eine solche statthaft sein dürfte. Außerdem werden namentlich Nichtzahlung des Lohns, ungenügende Verpflegung, Mißhandlungen oder grobe Ehrverletzungen, unsittliche Zumuthungen von Seiten der Herrschaft, erhebliche Krankheiten des Gesindes u. d. m. das Gesinde berechtigen, vor Ablauf der Miethezeit ohne Kündigung das Verhältniß aufzuheben.

5) Eine actio locati auf Ertheilung eines Zeugnisses wird der Regel nach gerechtfertigt sein.

Die G. O. bestimmt Folgendes:

§. 113. „Beim Abgange können die Arbeiter[29] ein Zeugniß über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung fordern.

Dieses Zeugniß ist auf Verlangen der Arbeiter auch auf ihre Führung auszudehnen."

§. 129 (124). „Bei Beendigung des Lehrverhältnisses hat der Lehrherr dem Lehrling unter Angabe des Gewerbes, in welchem der Lehrling unterwiesen worden ist, über die Dauer der Lehrzeit und die während derselben erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten, sowie über sein Betragen ein Zeugniß auszustellen, welches von der Gemeindebehörde kosten- und stempelfrei zu beglaubigen ist.

An Stelle dieser Zeugnisse können, wo Innungen oder andere Vertretungen der Gewerbetreibenden bestehen, die von diesen ausgestellten Lehrbriefe treten."

In der bezüglichen Klage auf Grund dieser §§. 113 und 129 muß

---

[28] Das H. G. B. bestimmt im Art. 65, daß „hinsichtlich der Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, — es bei den für das Gesindedienstverhältniß geltenden Bestimmungen sein Bewenden" habe. Diese der Natur der Sache entsprechende Vorschrift ist auch auf das Gewerberecht analog auszudehnen. Die beschränkte Anwendbarkeit des gerichtlichen Verfahrens nach §. 120ᵃ (108) der G. O. würde also z. B. in Betreff der Dienstboten in Hôtels, Fabriken u. s. w. nicht gelten. Kellner in Hôtels sind nicht Handlungsgehülfen, sondern Dienstboten. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 68.

[29] Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge und Fabrikarbeiter.

insbesondere auch behauptet werden, daß §. 120a (108) der G. O. beobachtet und der Abgang, bezw. die Beendigung des Lehrverhältnisses erfolgt sei oder nunmehr verlangt werde.

Daß auch Gehülfen und Lehrlinge der Apotheker und Kaufleute, Dienstboten und Personen in verwandten Verhältnissen ein Zeugniß müssen verlangen können, liegt in der Natur der Sache.[30] Die speciellen Vorschriften der G. O. gelten nur nicht. In den particulären Gesindeordnungen pflegt dieser Fall besonders geregelt zu sein.

Im Allgemeinen wird man sagen können, daß die genannten Personen bei Beendigung des Verhältnisses ein Zeugniß über Art und Dauer ihrer Beschäftigung und über ihre Führung, Lehrlinge auch über ihre erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten werden beanspruchen können.

Wer ein Zeugniß verlangen kann, ist auch berechtigt, eine Abänderung eines unrichtigen Zeugnisses zu fordern. Der Grund der Klage wäre in diesem Falle die Unrichtigkeit des Zeugnisses. Sie müßte behauptet werden. Ob sie auch näher zu begründen sei oder ob vielmehr Beklagter die Richtigkeit näher darzulegen habe, kommt auf die Umstände an. Gegen strafbare und unsittliche Handlungen sowie auch Nachlässigkeiten, Ungehorsam u. d. m. streitet immer eine rechtliche Präsumtion. Enthält das Zeugniß den Vorwurf eines Diebstahls oder eines liederlichen Wandels, eines nachlässigen Verhaltens, des Ungehorsams u. d. m., so müßte Beklagter sein Zeugniß näher begründen und auch beweisen. Wenn es sich dagegen um die Beurtheilung erlangter Fertigkeiten handelt und Kläger mit dem ihm ertheilten Zeugniß nicht zufrieden ist, so wird er die behauptete Unrichtigkeit näher zu begründen haben.[31]

Ein richtiges Zeugniß kann an einer unrichtigen Stelle stehen. Nach dem Gesetz, betreffend die Abänderung der G. O., vom 17. Juli 1878, §. 111 darf eine Eintragung eines Urtheils über die Führung oder die Leistungen des Arbeiters im Arbeitsbuch nicht enthalten sein. Es ist darüber ein besonderes Zeugniß zu ertheilen. Ebenso ist es nach der S. O. §. 17 mit dem Seefahrtsbuch. Es würde demnach auch, abgesehen von sonstigen Entschädigungsansprüchen und einem polizeilichen Zwange, subsidiär[32] eine Klage auf Ausstellung eines neuen Arbeitsbuchs auf Kosten des Arbeitsgebers zulässig sein.[33]

V. Der Antrag bedarf keiner weiteren Erörterung.

---

[30] Behrend a. a. O. S. 341 Note 30. Vgl. auch S. O. §. 17.

[31] Vgl. S. O. §§. 17 und 19.

[32] Weil zunächst ein polizeilicher Zwang zu versuchen ist, indem die Sache einen überwiegend polizeilichen Charakter hat. Dann, wenn ein polizeilicher Zwang vergeblich versucht ist, dürfte aber des Nothfalls wegen eine Klage statthaft sein. Denn ausgeschlossen ist sie gesetzlich doch nicht, wenn auch nicht ausdrücklich zugelassen.

[33] Gesetz vom 17. Juli 1878 §. 112.

§. 116.

b. Actio conducti.

Begründung:

I. Kläger sei als Conductor activ,

II. Beklagter als Locator passiv

zur Sache legitimirt;

III. es handle sich um Leistung der Dienste, Schadensersatz, Auflösung des Dienstverhältnisses u. s. w., oder das Eine oder das Andere;

IV. der Grund der Klage bestehe im Allgemeinen in der Abschließung der locatio conductio operarum.

1) Wenn auf Leistung der Dienste geklagt wird, ist die Behauptung aufzustellen, daß die Klage nata sei, also daß der verabredete oder den Umständen nach gewollte Anfangstermin gekommen oder in Ermangelung eines solchen ein modicum tempus verstrichen sei.[1]

---

[1] Hat der Locator seine Dienste Mehreren vermiethet, so soll der erste Conductor zunächst befriedigt werden. L. 26 D. h. t. Vgl. S. O. §. 26, wonach es zunächst auf die Anmusterung, dann auf den früher geschlossenen Vertrag ankommt. Bei Handlungsgehülfen, gewerblichen Arbeitern und Dienstboten läßt sich im Fall grundloser Verweigerung der Dienstleistung von Seiten jener oder deren Vertreter denken:

a) ein polizeilicher Zwang,

b) ein Zwang im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit,

c) eine civilprocessualische Klage.

So weit nicht ein polizeilicher Zwang ausdrücklich gestattet ist, wie im §. 130 der abgeänderten G. O. und wohl meistens gegen Dienstboten, würde er sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn das öffentliche Interesse ihn erforderte.

Den Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit halte ich namentlich für anwendbar, sofern das Gericht als obervormundschaftliche Behörde im Interesse des Bevormundeten, wenn auch gegen dessen Willen, einschreiten kann.

Eine Klage scheint mir in allen Fällen statthaft zu sein. Die Möglichkeit anderer Mittel hindert sie nicht. Wenn Behrend a. a. O. S. 340 meint, der Principal könne eine Klage auf die Dienste des Handlungslehrlings oder auf die Wiederzuführung entlaufener Handlungslehrlinge nicht mit der Wirkung anstellen, daß eine hierauf gerichtete Zwangsvollstreckung eintrete, so kann ich mich dieser Auffassung nicht anschließen. Weshalb sollten die Zwangsmittel der C. P. O. §. 774 (Geldstrafe oder Haft) nicht angewandt werden können? Ein absoluter Zwang freilich wäre nicht möglich. In Ermangelung eines Erfolges würde schließlich auf Leistung des Interesses geklagt werden können. Wenn die Sache einen überwiegend polizeilichen Charakter hat, halte ich im Zweifel die Klage freilich nur subsidiär für anwendbar. Ein Gleiches gilt von Gewerbelehrlingen. Wenn man gestützt auf §. 122 der G. O. eine Klage auf Fortsetzung des Dienstes ausschließt, und nur einen Anspruch auf Entschädigung wegen einseitiger Vertragsauflösung gestattet (vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 330 und 331), so ist dagegen zu bemerken, daß der §. 122 sich nur auf den Fall

2) Wird auf Schadensersatz geklagt, so ist anzugeben, daß die bedungenen Dienste nicht oder nicht gehörig geleistet worden[2] oder der Vermiether anderweitig in Ansehung der Vermiethung sich in Culpa befunden habe und daß der seiner Höhe nach anzugebende Schaden dadurch veranlaßt sei.

3) Geht die Klage darauf, daß das Dienstverhältniß als erloschen behandelt werde, so gilt vielfach das bei der actio locati unter IV 4 Bemerkte.

Es ist auch hier

A. das Handelsrecht (wiederum vorläufig mit Ausschluß des Seerechts),

B. das Gewerberecht und

C. das Gesinderecht

besonders zu berücksichtigen.

A. Handelsrecht.

Dienstverhältniß zwischen dem Principal und dem Handlungsgehülfen.

a) Gewöhnlicher Erlöschungsgrund.

In dieser Hinsicht gilt das im §. 115 zu IV 4 A a Bemerkte.

b) Außerordentliche Erlöschungsgründe.

Auch der Principal kann die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen, worüber das richterliche Ermessen entscheidet, verlangen.[3]

„Gegen den Handlungsgehülfen kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden:

1) wenn derselbe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht[4];

2) wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht;

3) wenn derselbe seine Dienste zu leisten verweigert oder ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unterläßt;

4) wenn derselbe durch anhaltende Krankheit oder durch Kränklichkeit oder durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit an Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;

---

bezieht, „wenn der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder zu einem anderen Berufe übergeht", auch die Beobachtung einer bestimmten Form verlangt.

[2] Beklagter könnte excipiren, daß er sie ohne sein Verschulden nicht habe leisten können.

[3] H. G. B. Art. 62.

[4] Auch eine nicht dolose, sondern blos culpose Mittheilung geschäftlicher Geheimnisse an Dritte ist ein Mißbrauch des Vertrauens.

5) wenn derselbe sich thätlicher Mißhandlungen oder erheblicher Ehrverletzungen gegen den Prinzipal schuldig macht;

6) wenn derselbe sich einem unsittlichen Lebenswandel ergiebt."[5]

B. Gewerberecht.[6]

a) Verhältniß zwischen dem Arbeitgeber und den Gesellen oder Gehülfen.

I. Gewöhnlicher Erlöschungsgrund.

Hierbei gilt das im §. 115 zu IV 4 B a I Bemerkte.[7]

II. Außerordentliche Erlöschungsgründe.

„Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung können Gesellen und Gehülfen entlassen werden:

1) wenn sie bei Abschluß des Arbeitsvertrages den Arbeitgeber durch Vorzeigung falscher oder verfälschter Arbeitsbücher oder Zeugnisse hintergangen oder ihn über das Bestehen eines anderen sie gleichzeitig verpflichtenden Arbeitsverhältnisses in einen Irrthum versetzt haben[8];

2) wenn sie eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung, eines Betruges oder eines liederlichen Lebenswandels sich schuldig machen;

3) wenn sie die Arbeit unbefugt verlassen haben oder sonst den nach dem Arbeitsvertrage ihnen obliegenden Verpflichtungen nachzukommen beharrlich verweigern;

4) wenn sie der Warnung ungeachtet mit Feuer und Licht unvorsichtig umgehen;

5) wenn sie sich Thätlichkeiten oder grobe Beleidigungen gegen den Arbeitgeber oder seine Vertreter oder die Familienangehörigen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter zu Schulden kommen lassen;

6) wenn sie einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Sachbeschädigung zum Nachtheil des Arbeitsgebers oder eines Mitarbeiters sich schuldig machen;

7) wenn sie Familienangehörige des Arbeitsgebers oder seiner Vertreter oder Mitarbeiter zu Handlungen verleiten oder mit Familienangehörigen des Arbeitsgebers oder seiner Vertreter Handlungen begehen, welche wider die Gesetze oder wider die guten Sitten verstoßen;

8) wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig oder mit einer abschreckenden Krankheit behaftet sind.

In den unter Nr. 1 bis 7 gedachten Fällen ist die Entlassung nicht mehr zulässig, wenn die zu Grunde liegenden Thatsachen dem Arbeitgeber länger als eine Woche bekannt sind."[9]

b) Verhältniß zwischen Lehrherrn und Lehrling.

---

[5] H. G. B. Art. 64. Vgl. dazu Behrend a. a. O. S. 332–334.

[6] Vgl. die Note 13 zu §. 115.

[7] G. O. §. 122 (110).

[8] Daß dies in bösem Glauben geschehen sein müsse, ist nicht gesagt und nicht anzunehmen.

[9] G. O. §. 123 (111).

Das, was im §. 115 unter IV 4 B b I und II bezüglich des Art. 61 des H. G. B. und des §. 128 Abs. 1 und 4 der abgeänderten G. O. hervorgehoben ist, gilt auch hier.

Nach Ablauf der Probezeit ferner kann der Lehrling vor Beendigung der verabredeten Lehrzeit entlassen werden, wenn einer der im §. 123 (111) vorgesehenen Fälle auf ihn Anwendung findet.[10]

c) Verhältniß der Fabrikarbeiter.

Das in diesem §. 116 unter B a Bemerkte gilt auch hier[11]; desgleichen das unter B b Bemerkte, wenn die Fabrikarbeiter als Lehrlinge anzusehen sind.[12]

C. Gesinderecht.

Was oben im §. 115 zu IV 4 C hervorgehoben ist, findet im Allgemeinen Anwendung. Die Herrschaft kann namentlich „wegen Unsittlichkeit, Veruntreuung, Ungehorsams[13] und längerer Krankheit des Gesindes"[14] u. d. m. das Verhältniß einseitig vor Ablauf der Miethzeit ohne Kündigung aufheben.

V. Ueber den Antrag ist nichts Besonderes zu bemerken.

Insbesondere von der locatio conductio operarum[1] bezüglich der Besatzung[2] eines Seeschiffes.[3]

---

[10] G. O. §. 128 Abs. 2. Die Fälle sind so eben unter B a II 1—8 aufgeführt.

[11] G. O. §. 134 (127).

[12] Daselbst.

[13] Ein grundloser Ungehorsam würde auch dann anzunehmen sein, wenn die Leistung anderer Dienste, als zu welchen der Dienstbote sich vermiethet hat, in Nothfällen begehrt, aber verweigert wäre. H. A. v. 1861, S. 38.

[14] Gerber, Deutsches Privatrecht, 3. Auflage, §. 181.

[1] In den Fällen der §§. 117 und 118 kann unter Umständen auch eine locatio conductio operis vorliegen, z. B. wenn der Schiffer vom Rheder für eine bestimmte Reise als Ganzes angenommen ist.

[2] Der Schiffer, die Schiffsmannschaft sammt allen übrigen auf dem Schiff angestellten Personen werden zur Schiffsbesatzung gerechnet. H. G. B. Art. 445. Personen, welche, ohne zur Schiffsmannschaft zu gehören, auf einem Schiffe als Maschinisten, Aufwärter oder in anderer Eigenschaft angestellt sind, haben dieselben Rechte und Pflichten, welche in der das H. G. B. Buch 5, Titel 4, Art. 528—556 aufhebenden Seemannsordnung vom 27. December 1872 in Ansehung der Schiffsmannschaft festgesetzt sind. Es macht hierbei keinen Unterschied, ob sie von dem Schiffer oder Rheder angenommen worden sind. S. O. §. 3 Abs. 2. Der Titel 4 des Buches 5 des H. G. B. handelt von der Schiffsmannschaft und enthält im Art. 554 eine gleiche Bestimmung.

[3] Entscheidend ist dabei, daß das Schiff (Kauffahrteischiff) zum Erwerb durch die Seefahrt bestimmt ist und das Recht zur Führung der Reichsflagge hat sowie

§. 117.

a. Actio locati.

Hervorzuheben ist:

1) die Zuständigkeit des Gerichts. „Der Rheder als solcher kann wegen eines jeden Anspruchs ohne Unterschied, ob er persönlich oder nur mit Schiff und Fracht haftet, vor dem Gerichte des Heimathshafens (Artikel 435.) belangt werden.“ [4]

2) Die Activlegitimation des Klägers zur Sache. Als solcher kann jede zur Schiffsbesatzung gehörende Person auftreten. [5]

3) Die Passivlegitimation des Beklagten. Belangt werden kann der Rheder [6], den der Schiffer zu vertreten berechtigt und verpflichtet sein kann. [7] Der Schiffer, welcher in seiner Eigenschaft als Führer des Schiffs Heuerverträge abgeschlossen hat, ist nach Art. 502 des H. G. B. passiv zur Sache nur legitimirt im Fall einer Gewährleistung, Ueberschreitung seiner Befugnisse und eigenen Verschuldens. [8]

Der Schiffer kann ferner als Detentor des Schiffs passiv zur Sache legitimirt sein, wenn Kläger als Schiffsgläubiger sein Pfandrecht gegen ihn verfolgt — H. G. B. Art. 764 —. Durch die S. O. §. 68 ist die Haftung mit Schiff und Fracht (mit der fortune de mer) nicht auf-

---

ausüben darf. Dies Recht ist dadurch bedingt, daß das Schiff in dem ausschließlichen Eigenthum einer solchen Person sich befindet, welcher das Reichsindigenat zusteht; die Ausübung des Rechts dadurch, daß das Schiff ins Schiffsregister eingetragen (welche Eintragung nicht auch durch öffentliche Blätter bekannt gemacht wird) und darüber auch ein Certificat (an Stelle eines Bielbriefes) ertheilt ist. Gesetz, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe und ihre Befugniß zur Führung der Bundesflagge, vom 25. October 1867. H. G. B. Art. 432—438. S. O. §. 1. Schiffe von nicht mehr als 50 Kubikmetern Bruttoraumgehalt sind zur Ausübung des Rechts, die Reichsflagge zu führen, auch ohne Eintragung in das Schiffsregister und Ertheilung des Certificats befugt. Reichsgesetz, betreffend die Registrirung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe, vom 28. Juni 1873. Vgl. auch den Erlaß des Bundesraths über die Registrirung und die Bezeichnung der Kauffahrteischiffe, vom 13. November 1873. Danach gehören zu denselben auch die zum Erwerb durch die große Seefischerei bestimmten Schiffe und die zum Schleppen anderer Schiffe, welche Seefahrt betreiben, bestimmten Fahrzeuge. — Ob etwa die in den §§. 117 und 118 angegebenen Bestimmungen auf Kriegsschiffe, Vergnügungsschiffe und Schiffe, die auf Binnengewässern oder Flüssen fahren, analog ausgedehnt werden können, das würde bezüglich jeder einzelnen Vorschrift mit Rücksicht auf das etwaige Vorhandensein einer Gleichheit des Grundes zu ermessen sein.

[4] H. G. B. Art. 455.

[5] H. G. B. Art. 445 sowie S. O. §§. 3 und 68.

[6] Vgl. auch H. G. B. Art. 460.

[7] H. G. B. Art. 496. S. O. §. 105, insbesondere Abs. 1 und 4.

[8] E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 69.

gehoben, sondern nur die persönliche Haftung des Rheders (mit der fortune de terre) hinzugekommen. Der Art. 764 des H. G. B. steht übrigens einer Benennung des Rheders in Gemäßheit des §. 73 der C. P. O. nicht entgegen.

4) Der Gegenstand.

a) In Ansehung des klagenden Schiffers.

Dieser Gegenstand umfaßt die Forderungen des Schiffers aus dem Dienst- und Heuervertrage; und zwar haftet der Rheder deshalb persönlich.

Es kann sich ferner um Entschädigungsansprüche handeln;

oder nur um das, was von der Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vortheile bis zu einer Entlassung verdient ist;

unter Umständen nebst freier Zurückbeförderung nach dem Heuerungshafen und freiem Unterhalt während der Rückreise oder einer entsprechenden Vergütung;

ferner unter Umständen neben der verdienten Heuer um solche für weitere 2 oder 4 Monate sowie freie Zurückbeförderung nach dem Heuerungshafen und Fortbezug der Heuer während der Reise oder eine entsprechende Vergütung;

sodann um Zahlung des Schätzungswerthes der Schiffspart des Schiffers;

um Tragung der Kosten der Verpflegung und Heilung oder der Beerdigung;

um Zahlung einer besonderen Belohnung; u. s. w.

Dabei verdient noch der Art. 501 des H. G. B. besondere Beachtung. Derselbe lautet: „Hat der Schiffer ohne besonderen Auftrag für Rechnung des Rheders aus eigenen Mitteln Vorschüsse geleistet oder sich persönlich verpflichtet, so stehen ihm gegen den Rheder wegen des Ersatzes keine größeren Rechte als einem Dritten zu.“ Wenn also der Rheder dem Dritten nur mit Schiff und Fracht haften würde, so würde er auch dem Schiffer nur mit dieser Beschränkung haften. — Vgl. im Uebrigen auch H. G. B. Art. 503.

b) In Ansehung der Schiffsmannschaft.

Dabei kann es sich handeln:

um die Zahlung der Heuer;

um Ergänzung der Schiffsmannschaft;

um Beköstigung;

um Gewährung von Logisraum oder einem anderweitigen Unterkommen;

um eine Vergütung bei ungenügender Beköstigung;

um die Kosten von Verpflegung und Heilung;

um freie Zurückbeförderung nach dem Hafen der Ausreise sammt freiem Unterhalt während der Rückreise oder eine entsprechende Vergütung;

um eine Belohnung;
um die Tragung der Beerdigungskosten;
um Entlassung aus dem Dienst;
um Ertheilung eines Zeugnisses [9]; u. s. w.
5) Verpflichtungsgrund.

a) In Betreff des klagenden Schiffers.

aa) Die causa debendi besteht im Allgemeinen in dem zwischen dem Schiffer und Rheder geschlossenen Heuervertrage, sowie darin, daß der Schiffer seine Obliegenheiten erfüllt habe. Dann kann er auch Alles, was ihm zugesagt, eventuell billig ist, beanspruchen.

Der Consul, welcher in einem ausländischen Hafenplatze nach §. 35 des Reichsgesetzes über das Deutsche Consulatswesen, vom 8. November 1867, einen Schiffer einsetzt, ist hierbei als der gesetzliche Vertreter des Rheders anzusehen, so daß die Klagen aus der locatio conductio anwendbar sind. Sollte in einem solchen Falle die Heuer nicht festgesetzt sein, so würde sie in Ermangelung einer gütlichen Vereinbarung vom Richter nach billigem Ermessen zu bestimmen sein. Ob etwa die Heuer des früheren Schiffers oder die am Ort der Einsetzung oder im Heimathshafen des Schiffs übliche oder sonst angemessene maßgebend wäre, das käme auf die Umstände an. [10]

Bei der aus dem Dienst- und Heuervertrage herrührenden Forderung des Schiffers, welcher auf einem nach den Art. 866 und 867 des H. G. B. als verschollen anzusehenden Schiffe sich befunden hat, kann die Nativität der Klage dadurch begründet werden, daß die Verschollenheitsfrist abgelaufen sei. „Das Dienstverhältniß gilt sodann in einem halben Monat nach dem Tage für beendet, bis zu welchem die letzte Nachricht über das Schiff reicht.“ [11]

bb) „Der Schiffer kann, selbst wenn das Gegentheil vereinbart ist, jederzeit von dem Rheder entlassen werden, jedoch unbeschadet seiner Entschädigungsansprüche.“ [12]

---

[9] S. O. §§. 17—19. Die hiernach mögliche Angehung des Seemannsamts (eines Verwaltungsgerichts) schließt eine gerichtliche Klage beim ordentlichen Gericht nicht aus. Jedoch muß ich letztere für subsidiär ansehen, weil die Sache einen hauptsächlich polizeilichen Charakter hat und deshalb zunächst das Seemannsamt anzugehen ist.

[10] E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 10.

[11] S. O. §. 42.

[12] H. G. B. Art. 515. Auch wenn der Schiffer zugleich Mitrheder wäre, könnte er entlassen werden, und zwar vom Correspondentrheder, oder, wenn ein solcher nicht bestellt wäre, durch Beschluß der Mehrheit der Mitrheder. H. G. B. Art. 460 Abs. 4 und 458.

In diesem Falle würde das Verdiente verlangt werden können, weil es verdient sei; eine weitere Entschädigung, weil eine unzeitige Entlassung erfolgt und dadurch der beanspruchte Schaden verursacht worden.[13]

cc) „Wenn ein Schiffer, welcher für eine bestimmte Reise angestellt ist, entlassen wird, weil die Reise wegen Kriegs, Embargo oder Blokade, oder wegen eines Einfuhr- oder Ausfuhrverbots, oder wegen eines anderen, Schiff oder Ladung betreffenden Zufalls nicht angetreten oder fortgesetzt werden kann, so erhält er gleichfalls nur das, was er von der Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vortheile bis dahin verdient hat. Dasselbe gilt, wenn ein auf unbestimmte Zeit angestellter Schiffer entlassen wird, nachdem er die Ausführung einer bestimmten Reise übernommen hat.

Erfolgt in diesen Fällen die Entlassung während der Reise, so hat der Schiffer außerdem nach seiner Wahl entweder auf freie Zurückbeförderung nach dem Hafen, wo er geheuert worden ist, oder auf eine entsprechende Vergütung Anspruch.

„Wenn" (nach dem H. G. B.) „ein Anspruch auf freie Zurückbeförderung begründet ist, so umfaßt derselbe stets auch den Unterhalt während der Reise."[14]

Bei der Klage auf Grund dieser Bestimmungen würde namentlich auch hervorzuheben sein, daß das Beanspruchte an Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vortheile bis zur Entlassung verdient, bezw. daß die Entlassung während der Reise erfolgt und die beanspruchte Vergütung für freie Zurückbeförderung nach dem Heuerungshafen nebst freiem Unterhalt angemessen sei.

Uebrigens ist zu beachten, daß der Schiffer zunächst weiter gehende Entschädigungsansprüche erheben und dann erst die Einrede, daß die Reise wegen Kriegs u. s. w. nicht hätte angetreten oder fortgesetzt werden können, abwarten darf.

dd) „Wird ein Schiffer, welcher auf unbestimmte Zeit angestellt ist, aus anderen, als den in den Artikeln 516. und 517." (des H. G. B.) „angeführten Gründen entlassen, nachdem er die Ausführung einer bestimmten Reise übernommen hat, so erhält er außer demjenigen, was ihm nach den Bestimmungen" (des Art. 517) „gebührt, als Entschädi-

---

[13] Gegen den Anspruch auf weitere Entschädigung kann Beklagter einwenden, daß die Entlassung erfolgt sei, weil der Schiffer untüchtig „befunden" sei oder „seiner Pflicht nicht genügt" habe. H. G. B. Art. 516.

[14] H. G. B. Art. 517. Dieser Artikel enthält eine Einschränkung der Rechte des Schiffers, indem nach allgemeinen Regeln über die hier vorliegende locatio conductio operis der Schiffer die Heuer u. s. w. für die ganze bestimmte Reise beanspruchen könnte.

gung noch die Heuer für zwei oder vier Monate, jenachdem die Entlassung in einem Europäischen oder in einem nichteuropäischen Hafen erfolgt ist. Jedoch erhält er in keinem Falle mehr, als er erhalten haben würde, wenn er die Reise zu Ende geführt hätte."[15]

Als Klagegrund müßte in dieser Hinsicht vom Schiffer hervorgehoben werden, daß er auf unbestimmte Zeit angestellt und, nachdem er die Ausführung einer bestimmten Reise übernommen habe, entlassen sei, daß die noch verlangte Heuer für fernere 2 oder 4 Monate den dafür angesetzten Betrag ausmache und letzteren Falls auch die Entlassung in einem nichteuropäischen Hafen erfolgt sei.

ee) „War die Heuer nicht zeitweise, sondern in Bausch und Bogen für die ganze Reise bedungen, so wird in den Fällen der Artikel 516. bis 518. die verdiente Heuer mit Rücksicht auf den vollen Heuerbetrag nach Verhältniß der geleisteten Dienste, sowie des etwa zurückgelegten Theiles der Reise bestimmt. Zur Ermittelung der in Artikel 518. erwähnten Heuer für zwei oder vier Monate wird die durchschnittliche Dauer der Reise einschließlich der Ladungs- und Löschungszeit unter Berücksichtigung der Beschaffenheit des Schiffs in Ansatz gebracht und darnach die Heuer für die zwei oder vier Monate berechnet."[16]

Wird nun bei Bedingung der Heuer in Bausch und Bogen auf eine bestimmte Summe als verdiente Heuer in den Fällen der Art. 516 und 518 geklagt, so ist als Grund anzugeben, daß diese Summe mit Rücksicht auf den vollen Heuerbetrag nach Verhältniß der geleisteten, näher darzulegenden Dienste sowie des etwa zurückgelegten gleichfalls genauer anzugebenden Theiles der Reise eine angemessene sei. Kommt die Heuer für 2 oder 4 Monate in Betracht, so ist zu bemerken, daß die dafür verlangte Summe mit Rücksicht auf die durchschnittliche Dauer der Reise einschließlich der Ladungs- und Löschungszeit unter Berücksichtigung der Beschaffenheit des Schiffs eine angemessene sei.

ff) „Endet die Rückreise des Schiffs nicht in dem Heimathshafen, und war der Schiffer für die Aus- und Rückreise oder auf unbestimmte Zeit angestellt, so hat der Schiffer Anspruch auf freie Zurückbeförderung nach dem Hafen, wo er geheuert worden ist, und auf Fortbezug der Heuer während der Reise oder nach seiner Wahl auf eine entsprechende Vergütung."[17]

---

15 H. G. B. Art. 518. Die Bemerkung der vorigen Note gilt auch in Betreff des Art. 518.

16 H. G. B. Art. 519. Der Richter würde in Ermangelung einer gütlichen Vereinbarung wohl schwerlich je im Stande sein, ohne Zuziehung von Sachverständigen eine richtige Berechnung vorzunehmen.

17 H. G. B. Art. 520. Endet die Rückreise in dem Heimathshafen oder in

Mag nun der Schiffer auf dies Eine oder Andere klagen, so ist als Grund immer anzugeben, daß die Rückreise des Schiffs weder in dem Heimathshafen noch in dem Hafen, wo er geheuert worden, geendet habe und daß Kläger für die Aus- und Rückreise oder auf unbestimmte Zeit angestellt gewesen sei.

gg) „Die Schiffspart, mit welcher der Schiffer auf Grund einer mit den übrigen Rhedern getroffenen Vereinbarung als Mitrheder an dem Schiff betheiligt ist, muß im Fall seiner unfreiwilligen Entlassung auf sein Verlangen von den Mitrhedern gegen Auszahlung des durch Sachverständige zu bestimmenden Schätzungswerthes übernommen werden. Dieses Recht des Schiffers erlischt, wenn er die Erklärung, davon Gebrauch zu machen, ohne Grund verzögert." [18]

Bei einer Klage deshalb ist als Grund anzugeben, daß der Schiffer mit der Schiffspart auf Grund einer mit den übrigen Rhedern getroffenen Vereinbarung als Mitrheder an dem Schiff betheiligt sei und daß seine Entlassung eine unfreiwillige gewesen. Im Uebrigen kommt es darauf an, was verlangt wird. Wird nur auf Anerkennung geklagt, so ist das rechtliche Interesse an einer alsbaldigen richterlichen Entscheidung darzulegen. Wird auf eine bestimmte Summe geklagt, so ist anzugeben, daß sie angemessen sei. Wird auf eine unbestimmte Summe geklagt, so würde dabei anzugeben sein, daß die durch Sachverständige zu bestimmende Summe verlangt werde, wodurch der Grund (die Angemessenheit der bestimmten Summe) in den Gegenstand (die durch Sachverständige zu bestimmende Summe) übergeht.

Die Behauptung, daß die Erklärung, von dem Rechte Gebrauch zu machen, nicht ohne Grund verzögert sei, gehört nicht zum Klagfundament. Denn das Gesetz spricht von der Erlöschung des Rechts im Fall grundloser Verzögerung. Mithin hat Beklagter eine solche grundlose Verzögerung als Einrede geltend zu machen.

hh) „Falls der Schiffer nach Antritt der Reise erkrankt oder verwundet wird, so trägt der Rheder die Kosten der Verpflegung und Heilung:

1) wenn der Schiffer mit dem Schiff zurückkehrt und die Rückreise in dem Heimathshafen oder in dem Hafen endet, wo er geheuert worden ist, bis zur Beendigung der Rückreise;

---

dem Hafen, wo der Schiffer geheuert ist, so hat er keinen Anspruch. Sonst hat er einen solchen auf freie Zurückbeförderung nach dem Hafen, wo er geheuert ist, nicht nach dem Heimathshafen u. s. w. — Statt des Ausdrucks „unbestimmte Zeit" steht in dem authentischen Text „bestimmte Zeit"; jedoch offenbar in Folge Versehens. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 520.

[18] H. G. B. Art. 522.

2) wenn er mit dem Schiff zurückkehrt und die Reise nicht in einem der genannten Häfen endet, bis zum Ablauf von sechs Monaten seit Beendigung der Rückreise;

3) wenn er während der Reise am Lande zurückgelassen werden mußte, bis zum Ablauf von sechs Monaten seit der Weiterreise des Schiffs.

Auch gebührt ihm in den beiden letzteren Fällen freie Zurückbeförderung (Artikel 517.) oder nach seiner Wahl eine entsprechende Vergütung.

Die Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vortheile bezieht der nach Antritt der Reise erkrankte oder verwundete Schiffer, wenn er mit dem Schiff zurückkehrt, bis zur Beendigung der Rückreise, wenn er am Lande zurückgelassen werden mußte, bis zu dem Tage, an welchem er das Schiff verläßt.

Ist der Schiffer bei Vertheidigung des Schiffs beschädigt, so hat er überdies auf eine angemessene, erforderlichenfalls von dem Richter zu bestimmende Belohnung Anspruch."[19]

Im Fall der Klage auf diese Bestimmungen hin ist als Grund anzugeben:

daß der Schiffer nach Antritt der Reise erkrankt oder verwundet sei;

und überdies,

wenn wegen der Kosten der Verpflegung und Heilung bis zur Beendigung der Rückreise geklagt wird, daß der Schiffer mit dem Schiff zurückgekehrt sei und die Rückreise in dem Heimathshafen oder in dem Hafen, wo er geheuert worden, geendet habe;

wenn wegen jener Kosten bis zum Ablauf von sechs Monaten seit Beendigung der Rückreise sowie wegen freier Zurückbeförderung (nach dem Hafen, wo der Schiffer geheuert worden), oder nach seiner Wahl wegen einer entsprechenden Vergütung geklagt wird, daß er mit dem Schiff zurückgekehrt sei und die Reise nicht in einem der genannten Häfen geendet habe;

---

[19] H. G. B. Art. 523. Vgl. S. O. §§. 48—50. Nach dem Art. 525 fand auch Art. 453 bei Art. 523 Anwendung, so daß eine Haftung nur mit Schiff und Fracht eintrat. Dieser ist aber durch §. 68 der S. O. aufgehoben, so daß eine persönliche Haftung eintritt. — Bei der im Text bezeichneten Beschädigung muß es sich um eine solche des Schiffers, also seiner Person, nicht seiner Sachen handeln. Im letzteren Fall kann die Erstattung des Schadens von Seiten des Rheders billig sein; rechtlich verlangt werden könnte sie aber in Ermangelung einer besonderen acceptirten Zusage nur dann, und zwar theilweise, wenn eine Societät vorläge und die Vertheidigung des Schiffs als Besorgung einer Societätsangelegenheit erschiene. Vgl. unten §. 195 Note 18 und 19. Unerheblich ist es, ob die Beschädigung in einer Verwundung bestehe oder nicht; ferner ob sie durch Andere unmittelbar verursacht worden oder nicht, wie wenn der Schiffer bei Vertheidigung des Schiffs zufällig einen Armbruch erlitten hat.

wenn wegen dieser Kosten bis zum Ablauf von sechs Monaten seit der Weiterreise des Schiffs sowie wegen freier Zurückbeförderung oder nach seiner Wahl wegen einer entsprechenden Vergütung geklagt wird, daß er während der Reise am Lande zurückgelassen werden mußte;

wenn wegen der Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vortheile geklagt wird, und zwar

a) bis zur Beendigung der Rückreise hin, daß er mit dem Schiff zurückgekehrt sei;

b) bis zu dem Tage hin, an welchem er das Schiff verlassen, daß er am Lande zurückgelassen werden mußte;

wenn er auf eine angemessene Belohnung klagt, daß er bei Vertheidigung des Schiffs beschädigt sei.

ii) „Stirbt der Schiffer nach Antritt des Dienstes, so hat der Rheder die bis zum Todestage verdiente Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vortheile zu entrichten; ist der Tod nach Antritt der Reise erfolgt, so hat auch der Rheder die Beerdigungskosten zu tragen.

Wird der Schiffer bei Vertheidigung des Schiffs getödtet, so hat der Rheder überdies eine angemessene, erforderlichenfalls von dem Richter zu bestimmende Belohnung zu zahlen."[20]

Klagen die Erben auf die bis zum Todestage verdiente Heuer s. w. d. a., so ist als Grund anzugeben, daß der Schiffer nach Antritt des Dienstes gestorben sei; bei der Klage wegen der Beerdigungskosten, daß der Tod nach Antritt der Reise erfolgt sei; bei einer Klage auf eine angemessene Belohnung, daß der Schiffer bei Vertheidigung des Schiffs getödtet worden.

kk) „Auch nach dem Verluste des Schiffs ist der Schiffer verpflichtet, noch für die Verklarung zu sorgen und überhaupt das Interesse des Rheders so lange wahrzunehmen, als es erforderlich ist. Er hat aber auch für diese Zeit Anspruch auf Fortbezug der Heuer und auf Erstattung der Kosten des Unterhalts. — — — — — — — —

Außerdem behält der Schiffer, — — — — — —

Anspruch auf freie Zurückbeförderung (Artikel 517.) oder nach seiner Wahl auf eine entsprechende Vergütung."[21]

Klagt der Schiffer dieser Bestimmung gemäß (weder mit der actio negotiorum gestorum contraria, noch mit der actio mandati con-

[20] H. G. B. Art. 524. Vgl. S. O. §. 51. Die Haftung nur mit Schiff und Fracht nach Art. 525 ist durch den §. 68 der S. O. aufgehoben und die persönliche Haftung an die Stelle gesetzt. — Es ist unerheblich, wann, wo und gegen wen das Schiff vertheidigt ist. Es muß aber der Angriff gegen dasselbe ein widerrechtlicher sein.

[21] H. G. B. Art. 526. S. O. §. 68. Nach diesem §. 68 tritt jetzt in Ansehung aller Ansprüche aus Art. 526 persönliche Haftung ein.

traria, sondern mit der Klage aus der locatio conductio) auf Heuer und Unterhaltungskosten bis zu einer bestimmten Zeit hin, so hat er als Grund anzugeben, daß er nach dem Verlust des Schiffs bis zu jener Zeit noch für die Verklarung oder sonst für das Interesse des Rheders habe sorgen müssen. Klagt er wegen freier Zurückbeförderung oder nach seiner Wahl wegen einer entsprechenden Vergütung, so ist nur anzugeben, daß das Schiff verloren sei.

b) In Betreff der Klage einer Person der Schiffsmannschaft.[22]

Der meistens zwischen dem Schiffer und Kläger geschlossene, zur Perfection die Eintragung in die Musterrolle oder auch nur die Musterung nicht erfordernde, schriftliche oder mündliche Dienst- und Heuervertrag (S. O. §. 24), welcher genauer anzugeben ist, bildet im Allgemeinen die causa debendi. Während sonst Rechtsgeschäfte, welche der Schiffer eingeht, während das Schiff im Heimathshafen sich befindet, für den Rheder nur dann verbindlich sind, wenn der Schiffer auf Grund einer Vollmacht gehandelt hat oder wenn ein anderer besonderer Verpflichtungsgrund vorhanden ist, so ist zur Annahme der Schiffsmannschaft der Schiffer doch auch im Heimathshafen befugt (H. G. B. Art. 495). Im Uebrigen ist Folgendes zu beachten.

aa) Die Nativität der Klage auf die Heuer ist dadurch zu begründen,

daß die geltend gemachte Fälligkeit bedungen;

oder wegen Beendigung des Dienstverhältnisses eingetreten[23];

oder daß die Fälligkeit herbeigeführt sei, weil eine Zwischenreise vorliege, das Schiff ganz oder zum Theil entlöscht worden, die verlangte Heuer die Hälfte der bis dahin verdienten Heuer betrage und bereits sechs Monate seit der Anmusterung verflossen[24] oder je weitere sechs Monate nach der früheren Auszahlung abgelaufen seien und die wiederum verlangte Heuer die Hälfte der seit der letzten Auszahlung verdienten Heuer betrage[25];

oder daß die Fälligkeit mit Ablauf der Verschollenheitsfrist eingetreten sei[26];

oder, sofern es sich um Vorschußzahlungen oder Handgelder vor dem

---

[22] Die Anwendung der §§. 5—23 und 48—52 der S. O. auf kleinere Fahrzeuge (Küstenfahrer u. s. w.) kann durch die Landesregierung im Verordnungswege ausgeschlossen werden. S. O. §. 109.

[23] S. O. §. 36 Abs. 1.

[24] S. O. §. 36 Abs. 2.

[25] Daselbst.

[26] S. O. §. 42. Vgl. oben unter a zu aa.

Antritt der Reise handelt, die Fälligkeit nach dem Ortsgebrauch des Hafens, in welchem der Schiffsmann angemustert worden, begründet sei.[27]

Wird auf eine bestimmte Heuer[28] geklagt, obschon eine solche nicht bedungen ist, so kann als Grund angegeben werden:

daß das Seemannsamt des Hafens, in welchem der Schiffsmann angemustert worden, selbige für die daselbst zur Zeit der Anmusterung übliche erklärt habe[29];

oder daß der klagende Schiffsmann erst nach Anfertigung der Musterrolle geheuert sei und daß nach der Musterrolle den übrigen Schiffsleuten seines Ranges eine gleich hohe Heuer, wie er beanspruche, gebühre.[30]

Handelt es sich um eine Erhöhung der Heuer, so kann dies dadurch begründet werden, daß die Zahl der Mannschaft sich während der Reise vermindert habe und nicht wieder ergänzt worden sei, daß demnach die dadurch ersparten Heuerbeträge unter die verbliebenen Schiffsleute nach Verhältniß ihrer Heuer zu vertheilen seien[31] und somit nach einer darzulegenden Rechnung der verlangte Mehrbetrag dem Kläger zukomme. In diesem Fall, sofern das rechtliche Interesse des Klägers an einer alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung vorliegt, könnte auch nur darauf geklagt werden, daß Beklagter die Verpflichtung zur Zahlung des Mehrbetrages anzuerkennen habe. Auch könnte darauf angetragen werden, daß Beklagter verurtheilt werde, die Verpflichtung anzuerkennen und unter Vorlage einer Abrechnung den sich daraus ergebenden Mehrbetrag an den Kläger auszuzahlen.

Ferner kann der Antrag auf Erhöhung der Heuer dadurch begründet werden:

daß das Schiff länger als zwei Jahre auswärts verweilt habe, der Kläger seit zwei Jahren im Dienst befindlich gewesen und die Heuer nach Zeit bedungen sei; und daß demnach der Schiffsjunge mit Beginn des dritten Jahres in die in der Musterrolle bestimmte oder aus derselben als Durchschnittsbetrag sich ergebende Heuer der Leichtmatrosen, und mit Beginn des vierten Jahres in die in der Musterrolle bestimmte Heuer der Vollmatrosen eintrete; der Leichtmatrose mit Beginn des dritten Jahres die in der Musterrolle bestimmte Heuer der Vollmatrosen und mit Beginn des vierten Jahres ein Fünftel derselben mehr an

---

[27] S. O. §. 37.

[28] Es kann dem Schiffsmann als Lohn auch ein Theil an der Fracht oder am Gewinn zugestanden werden. Dieser Lohn wird nicht als Heuer im Sinne der S. O. angesehen. S. O. §. 69.

[29] S. O. §. 25.

[30] S. O. §. 27.

[31] S. O. §. 40. Dieser Paragraph ergibt auch verschiedene Einreden.

Heuer erhalte; für die übrige Mannschaft die in der Musterrolle angegebene Heuer mit Beginn des dritten Jahres um ein Fünftel und mit Beginn des vierten Jahres um ein ferneres Fünftel ihres ursprünglichen Betrages steige.[32] —

Der Antrag auf die Heuer von einem bestimmten Zeitpunkt an kann dadurch begründet werden, daß dieser die Zeit der Anmusterung sei.[33] —

In Ansehung des Endtermins ist bestimmt:

„Die Heuer bezieht der erkrankte oder verwundete Schiffsmann:

wenn er die Reise nicht antritt, bis zur Einstellung des Dienstes;

wenn er die Reise antritt und mit dem Schiff zurückkehrt, bis zur Beendigung der Rückreise;

wenn er während der Reise am Lande zurückgelassen werden mußte, bis zu dem Tage, an welchem er das Schiff verläßt.“[34]

Die Klage auf die Heuer ist in diesen Fällen dadurch zu begründen, daß Kläger erkrankt oder verwundet sei. Ueberdies ist anzugeben:

wenn auf die Heuer bis zur Einstellung des Dienstes geklagt wird, daß Kläger die Reise nicht angetreten, aber doch bis zu der angegebenen Zeit gedient habe;

wenn selbige bis zur Beendigung der Rückreise verlangt wird, daß er die Reise angetreten habe und mit dem Schiff zurückgekehrt sei;

wenn er die Heuer bis zu dem Tage, an welchem er das Schiff verlassen, beansprucht, daß er während der Reise am Lande habe zurückgelassen werden müssen.

„Stirbt der Schiffsmann nach Antritt des Dienstes, so hat der Rheder die bis zum Todestage verdiente Heuer (§. 67) zu zahlen.“[35]

Beanspruchen die Erben auf diese Vorschrift hin die Heuer bis zu einem bestimmten Tage, so müßte bemerkt werden, daß ihr Erblasser nach dem Antritt des Dienstes an dem bezeichneten Tage gestorben sei.

bb) Bei einer Klage auf Ergänzung der Schiffsmannschaft wäre als Grund anzugeben, daß die Zahl der Mannschaft sich während der Reise um mehr als ein Sechstel verringert habe, daß die verbleibenden Schiffsleute die Ergänzung verlangten und daß die Umstände eine solche gestatteten.[36]

---

[32] S. O. §. 41.

[33] S. O. §. 35. Sollten die Dienste schon vor der Anmusterung mit Wissen und Willen des Schiffers geleistet sein, so würde schon von der Zeit der Dienstleistung an die Heuer, eventuell eine angemessene Vergütung, verlangt werden können.

[34] S. O. §. 49 Abs. 1. Ueber eine Einrede s. S. O. §. 50.

[35] S. O. §. 51 Abs. 1.

[36] S. O. §. 40 Abs. 2. Bei einer Meinungsverschiedenheit unter den verbleibenden Schiffsleuten wird die Mehrzahl den Ausschlag geben müssen.

cc) Als Grund ist hervorzuheben:

für die Klage auf Beköstigung der Dienstantritt;

für die Klage auf einen der Zahl der am Bord befindlichen Schiffsmannschaft und der Größe des Schiffs entsprechenden, nur für die Schiffsmannschaft und ihre Effecten bestimmten wohlverwahrten und genügend zu lüftenden Logisraum der Umstand, daß Kläger als Schiffsmann sich an Bord befinde;

für die Klage auf ein anderweitiges angemessenes Unterkommen der Umstand, daß dem Schiffsmann in Folge eines Unfalls oder aus anderen Gründen zeitweilig ein Unterkommen auf dem Schiffe nicht gewährt werden könne.[37]

dd) Wenn bei ungenügender Beköstigung auf eine Vergütung geklagt wird, ist anzugeben, daß der Schiffer es versäumt habe, im Schiffsjournal zu bemerken, aus welchem Grunde und in welcher Weise eine Kürzung oder Aenderung eingetreten sei oder daß die vom Schiffer getroffenen bezüglichen Anordnungen ungerechtfertigt oder durch sein Verschulden herbeigeführt seien; auch das Seemannsamt, vor welchem abgemustert worden, über den Anspruch bereits entschieden habe.[38]

ee) „Falls der Schiffsmann nach Antritt des Dienstes erkrankt oder verwundet wird, so trägt der Rheder die Kosten der Verpflegung und Heilung:

1) wenn der Schiffsmann wegen der Krankheit oder Verwundung die Reise nicht antritt, bis zum Ablauf von drei Monaten seit der Erkrankung oder Verwundung;

2) wenn er die Reise antritt und mit dem Schiffe nach einem deutschen Hafen zurückkehrt, bis zum Ablauf von drei Monaten seit der Rückkehr des Schiffs;

3) wenn er die Reise antritt und mit dem Schiffe zurückkehrt, die Rückreise des Schiffs jedoch nicht in einem deutschen Hafen endet, bis zum Ablauf von sechs Monaten seit der Rückkehr des Schiffs;

4) wenn er während der Reise am Lande zurückgelassen werden mußte, bis zum Ablauf von sechs Monaten seit der Weiterreise des Schiffs.

Auch gebührt dem Schiffsmann, falls er nicht mit dem Schiffe nach dem Hafen zurückkehrt, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten hat, freie Zurückbeförderung nach diesem Hafen (§§. 65, 66), oder nach Wahl des Schiffers eine entsprechende Vergütung."[39]

---

[37] S. O. §§. 43 und 44.

[38] S. O. §. 46.

[39] S. O. §. 48. Ueber eine Einrede s. S. O. §. 50. Danach findet §. 48 auf den Schiffsmann, welcher die Krankheit oder Verwundung durch eine unerlaubte

Als Grund der betreffenden Klage ist insbesondere anzugeben, daß der Schiffsmann nach Antritt des Dienstes (ohne Rücksicht darauf, ob bei Verrichtung des Dienstes oder sonst, ferner ob ohne eigenes Verschulden oder in Folge eigener Culpa — Pr. S. 2010 bis 2012 —) erkrankt oder verwundet sei; daß dadurch die Kosten der Verpflegung und Heilung entstanden seien oder noch entstehen würden; daß bezw. die unter 1—4 aufgestellten Voraussetzungen zuträfen, jenachdem bis zu dem einen oder anderen Zeitpunkte hin jene Kosten beansprucht werden; und daß bei der Klage auf freie Zurückbeförderung nach dem Hafen der Ausreise oder nach Wahl des Schiffers auf eine entsprechende Vergütung er nicht mit dem Schiffe nach dem Hafen, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten habe, zurückgekehrt sei.

Im Uebrigen versteht es sich von selbst, daß, wenn die Klage nur eine Anerkennungsklage ist, Kläger sein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen richterlichen Entscheidung behaupten muß und daß, wenn die Erstattung einer bestimmten, dem Kläger erwachsenen Kostensumme verlangt wird, deren Angemessenheit zu betonen ist. Letzteres gilt auch von dem Fall, wenn in Ansehung der entsprechenden Vergütung eine bestimmte Summe in Vorschlag gebracht wird.

ff) „Ist der Schiffsmann bei Vertheidigung des Schiffs beschädigt oder getödtet, so hat er auf eine angemessene, erforderlichenfalls von dem Richter zu bestimmende Belohnung Anspruch."[40]

Betrifft die Klage diese Belohnung, so ist zu behaupten, daß Kläger, bezw. sein Erblasser bei der Vertheidigung des Schiffs beschädigt, bezw. getödtet und daß die etwa in Vorschlag gebrachte bestimmte Summe angemessen sei. — Ob auch ein Anderer, als der Schiffsmann oder dessen Erbe, Kläger sein kann, z. B. ein Vermächtnißnehmer, Cessionar u. d. m., ist nach allgemeinen Regeln zu beurtheilen.

gg) Die auf Tragung der Bestattungskosten gerichtete Klage würde unter Anderem durch die Behauptung zu begründen sein, daß der Schiffsmann nach Antritt des Dienstes gestorben sei.[41]

hh) „Der Schiffsmann ist verpflichtet, während der ganzen Reise, einschließlich etwaiger Zwischenreisen, bis zur Beendigung der Rückreise

---

Handlung sich zugezogen hat oder mit einer syphilitischen Krankheit behaftet ist, keine Anwendung. Hierdurch ist dem sonst geltenden Satze, daß eigenes Verschulden unerheblich sei, doch eine angemessene Gränze gezogen. Vgl. auch S. O. §. 57 Ziffer 4. — Während es beim Schiffer nach Obigem auf den Hafen, wo er geheuert worden, ankommt, ist bei der Schiffsmannschaft der Hafen der Ausreise maßgebend.

[40] S. O. §. 49 Abs. 2 und §. 51 Abs. 2. Ueber eine Einrede s. S. O. §. 50. Vgl. ferner oben §. 17 S. 154—159.

[41] S. O. §. 51 Abs. 1.

im Dienste zu verbleiben, wenn in dem Heuervertrage nicht ein Anderes bestimmt ist.

Endet die Rückreise nicht in dem Hafen der Ausreise, so hat er Anspruch auf freie Zurückbeförderung (§§. 65, 66)[42] nach diesem Hafen und auf Fortbezug der Heuer während der Reise oder nach seiner Wahl auf eine entsprechende Vergütung."[43]

Bei einer Klage auf Grund dieser Bestimmung müßte angegeben werden, daß die Rückreise nicht in dem Hafen der Ausreise geendet habe.

ii) „Der Heuervertrag endet, wenn das Schiff durch einen Zufall dem Rheder verloren geht, insbesondere

wenn es als verunglückt;

wenn es als reparaturunfähig oder reparaturunwürdig condemnirt (Art. 444 des allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs) und in dem letzteren Falle ohne Verzug öffentlich verkauft wird;

wenn es geraubt wird;

wenn es aufgebracht oder angehalten und für gute Prise erklärt wird.

Dem Schiffsmann gebührt alsdann nicht allein die verdiente Heuer (§. 67), sondern auch freie Zurückbeförderung (§§. 65, 66) nach dem Hafen, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten hat, oder nach Wahl des Schiffers eine entsprechende Vergütung."[44]

Falls auf diese Vorschrift hin auf die verdiente Heuer, freie Zurückbeförderung oder eine entsprechende Vergütung geklagt wird, ist anzugeben, daß und wann und wo das Schiff durch einen Zufall dem Rheder verloren gegangen sei, z. B. daß es verunglückt, oder als reparaturunfähig oder reparaturunwürdig condemnirt, oder daß es geraubt oder aufgebracht oder angehalten und für gute Prise erklärt worden sei, ferner von welchem Hafen das Schiff seine Ausreise angetreten habe und daß die vorgeschlagene Vergütung entsprechend sei.

---

[42] Nach §. 65 umfaßt der Anspruch auf freie Zurückbeförderung auch den Unterhalt während der Reise.

[43] S. O. §. 54 Abs. 1 und 3. Die erforderlichen genaueren Angaben über das Vorhandensein der Rückreise ergeben sich aus § 54. Abs. 2. Ueber die Zeit, bis zu welcher hin die Heuer oder Vergütung zu beanspruchen sei, s. auch §. 55. Das im §. 54 dem Schiffsmann eingeräumte Wahlrecht ist eine Ausnahme von der Regel, daß ihm gegenüber der Schiffer das Wahlrecht hat. Man beachte hierbei, daß, wenn es sich um Rechte des Schiffers handelt, nach den bereits angegebenen bezüglichen Vorschriften dem Schiffer immer dem Rheder gegenüber das Wahlrecht zusteht.

[44] S. O. §. 56. Die im §. 56 aufgeführten Gründe sind von Rechtswegen, also auch ohne ausdrückliche Entlassung, wirkende Erlöschungsgründe. In Betreff des Schiffers steht die Sache nach dem Art. 526 des H. G. B. etwas anders; namentlich in Betreff des Fortbezuges der Heuer.

kk) Wird wegen der vom Schiffer angeordneten Hülfeleistung bei der Bergung auf Fortbezug der Heuer und der Verpflegung sowie wegen verlangter Mitwirkung bei der Verklarung auf Zahlung der erwachsenen Reise- und Versäumnißkosten geklagt, so sind diese Umstände anzugeben, sowie daß die Mitwirkung erfolgt, auch die Verpflegungs-, bezw. Reise- und Versäumnißkosten erwachsen und angemessen seien.[45]

ll) „Der Schiffer kann den Schiffsmann, abgesehen von den in dem Heuervertrage bestimmten Fällen, vor Ablauf der Dienstzeit entlassen:

1) so lange die Reise noch nicht angetreten ist, wenn der Schiffsmann zu dem Dienste, zu welchem er sich verheuert hat, untauglich ist;

2) wenn der Schiffsmann eines groben Dienstvergehens, insbesondere des wiederholten Ungehorsams oder der fortgesetzten Widerspenstigkeit, der Schmuggelei sich schuldig macht;

3) wenn der Schiffsmann des Vergehens des Diebstahls, Betrugs, der Untreue, Unterschlagung, Hehlerei oder Fälschung, oder einer nach dem Strafgesetzbuche mit Zuchthaus bedrohten Handlung sich schuldig macht;

4) wenn der Schiffsmann mit einer syphilitischen Krankheit behaftet ist, oder wenn er durch eine unerlaubte Handlung eine Krankheit oder Verwundung sich zuzieht, welche ihn arbeitsunfähig macht;

5) wenn die Reise, für welche der Schiffsmann geheuert war, wegen Krieg, Embargo oder Blokade, oder wegen eines Ausfuhr- oder Einfuhrverbots, oder wegen eines anderen, Schiff oder Ladung betreffenden Zufalls nicht angetreten oder fortgesetzt werden kann."[46]

„Dem Schiffsmann gebührt in den Fällen der Ziffern 1 bis 4 des §. 57 nicht mehr als die verdiente Heuer (§. 67), in den Fällen der Ziffer 5 hat er, wenn er nach Antritt der Reise entlassen wird, nicht allein auf die verdiente Heuer, sondern auch auf freie Zurückbeförderung (§§. 65, 66) nach dem Hafen, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten hat, oder nach Wahl des Schiffers auf eine entsprechende Vergütung Anspruch."[47]

Bei der auf die §§. 57 und 58 der S. O. gestützten Klage des Schiffsmanns auf die verdiente Heuer[48] ist hervorzuheben, daß er vor Ablauf der Dienstzeit entlassen sei. Wird auf die verdiente Heuer

---

[45] S. O. §§. 32 und 33.

[46] S. O. §. 57.

[47] S. O. §. 58.

[48] Bei der Entlassung vor Antritt der Reise im Fall der Ziffer 5 kann natürlich auch die verdiente Heuer verlangt werden.

und freie Zurückbeförderung nach dem Hafen der Ausreise oder nach Wahl des Schiffers auf eine entsprechende Vergütung geklagt, so ist zu behaupten, daß Kläger nach Antritt der Reise entlassen sei.

mm) „Der für eine Reise geheuerte Schiffsmann, welcher aus anderen, als aus den in dem §. 57 erwähnten Gründen vor Ablauf des Heuervertrages entlassen wird, behält, wenn die Entlassung vor Antritt der Reise erfolgt, als Entschädigung die etwa empfangenen Hand- und Vorschußgelder, soweit dieselben den üblichen Betrag nicht übersteigen.

Sind Hand- und Vorschußgelder nicht gezahlt, so hat er als Entschädigung die Heuer für einen Monat zu fordern.

Ist die Entlassung erst nach Antritt der Reise erfolgt, so hat er Anspruch auf freie Zurückbeförderung (§§. 65, 66) nach dem Hafen, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten, oder nach Wahl des Schiffers auf eine entsprechende Vergütung. Auch erhält er außer der verdienten Heuer (§. 67) noch die Heuer für zwei oder vier Monate, jenachdem er in einem europäischen (§. 70) oder in einem nichteuropäischen Hafen entlassen ist, jedoch nicht mehr, als er erhalten haben würde, wenn er erst nach Beendigung der Reise entlassen worden wäre.“[49]

Die Klage auf die Heuer für einen Monat ist dadurch zu begründen, daß der Schiffsmann vor Antritt der Reise entlassen sei. Dagegen braucht die Entlassung aus einem anderen Grunde, als den in dem §. 57 erwähnten, und die Nichtzahlung eines Hand- oder Vorschußgeldes vom Kläger nicht behauptet zu werden, da es Sache des Beklagten ist, aus dem Gegentheil Einreden abzuleiten.

Bei einer Klage auf die verdiente Heuer, sowie eine fernere Heuer für 2 oder 4 Monate und freie Zurückbeförderung oder nach Wahl des Schiffers auf eine entsprechende Vergütung ist anzugeben, daß die Entlassung erst nach Antritt der Reise in einem anderen Hafen, als dem, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten habe, erfolgt sei, und zwar, wenn fernere Heuer für 4 Monate verlangt wird, in einem nichteuropäischen.

nn) Wenn der Schiffsmann seine Entlassung fordert, mag er auf bestimmte Zeit (s. jedoch §. 62) oder für eine bestimmte Reise oder unbestimmt geheuert sein, so ist die Klage dadurch zu begründen, daß

1) der Schiffer sich einer groben Verletzung seiner ihm gegen jenen obliegenden Pflichten, insbesondere durch Mißhandlung oder durch grundlose Vorenthaltung von Speise und Trank schuldig gemacht, oder

---

[49] S. O. §. 59. Aus der beschränkenden Schlußbestimmung kann eine Einrede abgeleitet werden. Vgl. auch S. O. §. 60.

2) das Schiff die Flagge gewechselt[50];

3) nach Beendigung der Ausreise eine Zwischenreise beschlossen, oder eine Zwischenreise beendigt sei und seit dem Dienstantritt zwei oder drei Jahre, jenachdem das Schiff in einem europäischen (§. 70) oder in einem nichteuropäischen Hafen sich befindet, verflossen seien.[51]

6) Der Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu 4. Dabei ist noch zu beachten, daß nach der S. O. §. 38 alle Zahlungen an Schiffsleute, wenn nicht ein Anderes vereinbart ist, nach Wahl derselben entweder baar oder mittels einer auf den Rheder ausgestellten, auf Sicht zahlbaren Anweisung geleistet werden müssen.

§. 118.

b. Actio conducti.

Hervorzuheben ist:

1) Die Activlegitimation des Klägers zur Sache. Activ legitimirt ist der Rheder, für den zu klagen der Schiffer zum Proceß legitimirt sein kann.

2) Die Passivlegitimation des Beklagten. Belangt werden kann jede zur Schiffsbesatzung gehörende Person.[1]

3) Der Gegenstand.

Dieser kann namentlich bestehen:

a) in dem Antritt oder der Fortsetzung des Dienstes, wozu der Schiffer den Schiffsmann auch durch das Seemannsamt zwangsweise kann anhalten lassen[2];

b) in einer Rechnungsablage[3];

---

[50] Nicht auch wenn ein Wechsel des Rheders oder Schiffers vorliegt. S. O. §. 61 Abs. 2.

[51] S. O. §. 61 Abs. 1 Ziffer 1—3.

„Der Schiffsmann hat in den Fällen der Ziffern 1 und 2 des §. 61 dieselben Ansprüche, welche für den Fall des §. 59 bestimmt sind; in dem Falle der Ziffer 3 gebührt ihm nicht mehr, als die verdiente Heuer (§. 67)." S. O. §. 63. — Vgl. zu §. 61 Ziffer 3 auch noch §. 62.

[1] Vgl. auch S. O. §. 3.

[2] S. O. §. 29. Der Zwang wird in Folge einer Klage ein gerichtlicher sein können. Der Zwang durch das Seemannsamt ist ein polizeilicher.

[3] Der Schiffer „muß dem Rheder nach der Rückkehr in den Heimathshafen und außerdem, so oft es verlangt wird, Rechnung legen". H. G. B. Art. 503 Abs. 5. Dabei muß der Schiffer dem Rheder als Einnahme in Rechnung bringen, was er „vom Befrachter, Ablader oder Ladungsempfänger außer der Fracht als Kaplaken, Primage oder sonst als Belohnung oder Entschädigung, gleichviel unter welchem Namen, erhält". H. G. B. Art. 513. Kaplaken sind Laken (Tuch) für

c) in Erstattung einer Fracht[4];

d) in Leistung eines Schadensersatzes.[5]

4) Der Verpflichtungsgrund. Derselbe besteht der Hauptsache nach in dem zwischen dem Kläger oder seinem Vertreter, insbesondere dem Schiffer, und dem Beklagten geschlossenen Dienstvertrage in Verbindung mit anderen Umständen, die sehr verschieden sein können.

So ist der Schiffer dem Rheder verantwortlich[6] wegen Ueberschreitung seiner Befugnisse oder der ihm in Betreff derselben gültig auferlegten Beschränkungen[7]; wegen Versäumnisse[8] und sonstiger Verschulden.[9]

Läßt der Schiffer den Schiffsmann zur Erfüllung seiner Pflicht klageweise anhalten, so besteht der Grund in der Anmusterung in Verbindung damit, daß der Schiffsmann sich dem Antritt oder der Fortsetzung des Dienstes entziehe.[10]

In den Fällen der Note 4 zu 3 liegt der Grund darin, daß der Schiffer ohne Einwilligung des Rheders für eigene Rechnung Güter verladen, bezw. der Schiffsmann ohne Erlaubniß des Schiffers Güter an Bord gebracht habe oder habe bringen lassen, daß die verlangte Fracht nicht mehr betrage, als die höchste am Abladungsort zur Abladungszeit für solche Reisen und Güter bedungene Fracht und eventuell, daß der beanspruchte höhere Schaden durch die unbefugte Verladung von Gütern verursacht sei.

Wenn der Schiffsmann auf Schadensersatz klagt, weil er den

---

eine Kappe (Hut), dann auch anstatt derselben Geld zum Zweck der größeren Fürsorge des Schiffers für die Ladung u. d. m. Primage ist eine Belohnung dafür, daß das Schiff als erstes ankomme u. d. m.

Auch ein dem Schiffer gegebenes, nicht vorher zugesagtes Geschenk muß er dem Rheder herausgeben. Die Bestimmung in Ansehung des Geschenks ist singulärer Natur. Nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen kann der Vertreter ein ihm (im Gegensatz gegen den Vertretenen) zugewendetes Geschenk für sich behalten. Die Schiffsmannschaft kann solche Geschenke für sich behalten; desgl. der Schiffer auf Binnengewässern.

[4] „Der Schiffer darf ohne Einwilligung des Rheders für eigene Rechnung keine Güter verladen. Anderenfalls muß er dem Rheder die höchste am Abladungsort zur Abladungszeit für solche Reisen und Güter bedungene Fracht erstatten, unbeschadet des Rechts des Rheders, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen." H. G. B. Art. 514. Dasselbe gilt vom Schiffsmann, welcher ohne Erlaubniß des Schiffers Güter an Bord bringt. S. O. §. 75.

[5] S. Note 4; ferner S. O. §§. 28 und 29.

[6] H. G. B. Art. 503 Abs. 3.

[7] H. G. B. Art. 503 Abs. 2.

[8] Daselbst.

[9] H. G. B. Art. 478, 479, 503.

[10] S. O. §. 29.

Schiffer vor einem fremden Gericht belangt habe, so ist als Grund außer diesen Umständen, der Belangung des Schiffers vor einem fremden Gericht und der dadurch herbeigeführten Beschädigung, weiter Nichts anzugeben. [11]

5) Der Antrag, welcher sich aus den Bemerkungen zu 3 ergibt.

§. 119.

C. Werkverdingung (locatio conductio operis).

Bei der locatio conductio operis, dem verwickeltsten Rechtsgeschäft im ganzen Rechtsgebiet, müssen wir die locatio conductio im Allgemeinen und das handelsrechtliche Frachtgeschäft unterscheiden.

a. Die locatio conductio operis im Allgemeinen.

Beide Klagen, die actio conducti des Uebernehmers (conductor oder redemtor operis) und die actio locati des Bestellers erfordern zu ihrer Begründung die Behauptung, daß

1) eine perfect gewordene Uebereinkunft
2) über die Ausführung eines Werkes, als eines Ganzen [1],
3) gegen einen bestimmten Geldlohn

geschlossen sei.

I. Die actio conducti ist überdies durch folgende Angaben zu begründen:

1) daß Kläger als Conductor activ,
2) Beklagter als Locator passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Approbation [2] und Abnahme des Opus, Zahlung des Lohns ganz oder zum Theil, Schadensersatz, oder das Eine oder Andere handle;

4) a. wenn auf Approbation und Abnahme des Opus angetragen wird, daß selbiges approbationsmäßig angefertigt sei;

b. wenn auf Bezahlung des Preises ganz oder zum Theil geklagt

---

[11] S. O. §. 105. Der Schiffsmann wird in diesem Fall auch der bis dahin verdienten Heuer verlustig. Vom Schaden ist sie nicht zu kürzen.

[1] Gibt der Anfertiger das Material her, so ist es Kauf — §. 4 J. h. t.; l. 2 §. 1 D. h. t.; Busch a. a. O. 30. B. S. 232—235 —; es möchte denn ein Gebäude auf dem Grund und Boden des Bestellers aufzuführen sein. L. 22 §. 2 D. h. t.

[2] Wenn die Approbation in das Arbitrium des Locators oder eines Dritten gestellt ist, so versteht sich dabei ein arbitrium viri boni von selbst. L. 24 pr. D. h. t.

wird, daß das Werk approbationsmäßig ausgeführt und entweder abgeliefert worden, oder in Folge eines Casus untergegangen sei, aber nach ausdrücklicher oder aus schlüssigen Handlungen abzuleitender Absicht der Parteien dieser Casus den Locator treffen solle, oder selbiger die vom Locator zu prästirende Sache betroffen habe [3], oder auch dann, wenn letzterer das Werk selbst errichtet hätte, eingetreten sein würde [4] — und daß bei nicht völliger Vollendung des Werks [5] der beanspruchte Theil des Preises dem vollendeten Theil jenes entspreche;

c. wenn auf Schadensersatz (das Interesse) geklagt wird, daß durch ein den Vertrag und die daraus für den Locator sich ergebenden natürlichen Obliegenheiten betreffendes Verschulden des Locators, oder nach Eintritt einer Mora desselben [6], oder dadurch, daß die Erfüllung einer contractlichen Leistung, eines ausdrücklichen oder stillschweigenden dictum vel promissum Seitens des Beklagten, nicht mehr möglich oder annehmbar sei, z. B. der zu liefernde Stoff nicht mehr zeitig geliefert werden könne [7], der näher specificirte Schaden verursacht sei, oder daß Beklagter die Haftung für diesen Schaden übernommen habe;

5) daß auf Verurtheilung zur Approbation und Abnahme des Opus, zur Zahlung des Lohns oder Erstattung des specificirten Schadens angetragen werde.

II. Die actio locati erfordert folgende Angaben:

1) daß Kläger als Locator activ,

2) Beklagter als Conductor passiv [8]

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Vollendung und Ablieferung des Werks, Schadensersatz, Aufhebung des Vertrages u. d. m., oder das Eine oder Andere handle;

4) a. wenn auf Vollendung und Ablieferung des Werks geklagt

---

[3] L. 62 D. h. t. in den Worten „si soli vitio". L. 33, l. 59 D. h. t.

[4] Z. B. in Folge Blitzschlages oder Ueberschwemmung, nicht auch einer Brandstiftung aus Feindschaft gegen den Conductor oder eines durch die Leute des letzteren verschuldeten Feuers oder eines vitium operis. L. 36 D. h. t. in den Worten „quam quod sua cura atque opera consecutus esset." L. 37, 59, 62 D. h. t. Wenn Einige (vgl. Busch a. a. O. 30. B. S. 339) aus l. 25 §. 7 D. h. t. eine unbeschränkte Haftung des conductor operis ableiten, so ist dies nicht zu rechtfertigen.

[5] L. 59 D. h. t. Vgl. auch v. Buchholtz, Das Einstehen für den Zufall bei dem Verdingungs-Vertrage, in der Z. f. C. u. P., Neue Folge 8. Bd. S. 1—16.

[6] L. 36 D. h. t. in den Worten „si per eum steterit, quo minus opus approbetur vel admetiatur".

[7] Beklagter kann im Fall der Eviction nicht einwenden, er sei durch Casus daran verhindert; wohl aber, es liege eine vis major vor.

[8] In Ansehung des untheilbaren Opus haften Mehrere in solidum.

wird, nichts weiter, als daß das Werk bereits hätte vollendet und abgeliefert sein sollen, aber dies nicht geschehen sei[9];

b. wenn auf Schadensersatz geklagt wird, ein Gleiches, wie es soeben unter I c angegeben ist[10];

c. wenn auf Aufhebung des Vertrages geklagt wird, daß hierzu ein Grund vorliege, z. B. der Beklagte die dem Kläger zur Last fallenden Kosten zu niedrig berechnet habe.[11]

5) Der Antrag geht dahin, zu erkennen, daß Beklagter das Werk zu vollenden und abzuliefern, bezw. Schadensersatz zu leisten habe oder der Vertrag aufzuheben sei.

§. 120.

b. Das handelsrechtliche Frachtgeschäft.

Als besondere Art einer locatio conductio operis[1] ist das handelsrechtliche Frachtgeschäft hervorzuheben. Dabei ist

I. vom Frachtgeschäft im Allgemeinen,
II. von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen,
III. von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zur See und
IV. von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden zur See

zu sprechen.

---

[9] Beklagter kann unter Umständen einwenden, daß er durch Zufall an der Vollendung und Ablieferung verhindert sei. L. 15 D. de V. O. (45; 1). Bei der s. g. locatio conductio irregularis (in Ansehung vertretbarer Sachen, z. B. gegebenen Silbers zur Anfertigung von Silberwaaren aus diesem oder gleichem Silber oder in Ansehung überlieferten Getreides zur Rücklieferung desselben oder gleichen Getreides an einem anderen Orte) haftet der Conductor als Eigenthümer für den Zufall. Eine namentlich deshalb auch überflüssige actio oneris aversi gibt es nicht. L. 31 D. h. t. Ich nehme aber an, daß der Conductor nur in den Fällen Eigenthümer werde, in welchen solches auch bei dem s. g. depositum irregulare eintritt. Vgl. unten §. 246 Note 17—19 und l. 34 pr. D. de auro — leg. (34; 2).

[10] Es ist möglich, daß gegen die begründete Haftung des Beklagten die Einrede der vorbehaltslosen Annahme und Billigung des Opus vorgebracht werden kann. Wenn dabei eine Anerkennung im engeren Sinne vorläge, wäre dagegen die replicatio doli statthaft; wenn nur eine Anerkennung im weiteren Sinne, auch die Replik des entschuldbaren Irrthums nach Analogie der condictio indebiti. Vgl. oben §. 17 Note 7. S. auch Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 128.

[11] L. 60 §. 4 D. h. t.

[1] L. 1 §. 1 D. de praesc. verb. (19; 5). — Der Gesichtspunkt einer locatio conductio operis tritt nicht immer gleich stark hervor, z. B. bei dem sich der Sachenmiethe nähernden Frachtvertrage über ein ganzes Schiff weniger, als bei einem solchen auf Stückgüter.

I. Vom Frachtgeschäft im Allgemeinen.

„Frachtführer ist derjenige, welcher gewerbemäßig den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführt.“ [2] Die Bestimmungen des H. G. B. Art. 390 bis 421 über das Frachtgeschäft überhaupt finden auch Anwendung, „wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb sich nicht auf die Ausführung von Frachtgeschäften erstreckt, in einem einzelnen Falle einen Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern auszuführen übernimmt“ [3]; ferner „auf Frachtgeschäfte von Eisenbahnen und anderen öffentlichen Transportanstalten“. [4] „Sie gelten jedoch für die Postanstalten nur insoweit, als nicht durch besondere Gesetze oder Verordnungen für dieselben ein Anderes bestimmt ist.“ [5]

Für die Eisenbahnen kommen ferner noch besondere Bestimmungen zur Anwendung. [6]

Die Grundlage des Frachtgeschäfts ist der zwischen dem Frachtführer und dem Absender geschlossene Vertrag.

„Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen.“ [7]

„Der Frachtbrief enthält [8]:

1) die Bezeichnung des Guts nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;

2) den Namen und Wohnort des Frachtführers;

---

[2] H. G. B. Art. 390. — Danach sind die Vorschriften des H. G. B. Art. 390—421 auf die Frachtgeschäfte unter III und IV, abgesehen von den Fällen einer Analogie, gar nicht anwendbar. — Die genannten Artikel beziehen sich nicht auf die Beförderung von Personen; dagegen sowohl auf andere Güter, wie auf Handelsgüter. — Auch der Schleppvertrag ist ein Frachtvertrag, wenn das zu schleppende Fahrzeug, Holz u. d. m. dem Schleppschiffer übergeben wird. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 27. Vgl. dagegen auch E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 108.

[3] H. G. B. Art. 420. Vgl. Art. 378 und 388.

[4] H. G. B. Art. 421 Abs. 1. Unter öffentlichen Anstalten sind nicht blos Staatsanstalten zu verstehen.

[5] H. G. B. Art. 421 Abs. 2. Die besonderen Gesetze und Verordnungen können auch später zu erlassende sein.

[6] H. G. B. Art. 421 Abs. 3 und 422—431.

[7] H. G. B. Art. 391 Abs. 2.

Vgl. Art. 558. „Der Frachtbrief ist nur ein Beweismittel, kein Essentiale des Frachtgeschäfts, wie er denn auch z. B. bei Beförderung des Reisegepäckes, bei der Packetpost, nicht vorkömmt.“ Busch a. a. O. 30. B. S. 324.

[8] D. h. es kann der Frachtführer verlangen, daß der Frachtbrief die unter 1—8 folgenden Punkte enthalte. Enthält derselbe nicht alle Punkte, so kann dies seine Beweiskraft mindern.

3) den Namen des Absenders;

4) den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll;

5) den Ort der Ablieferung;

6) die Bestimmung in Ansehung der Fracht;

7) den Ort und Tag der Ausstellung;

8) die besonderen Vereinbarungen, welche die Parteien etwa noch über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher der Transport bewirkt werden soll, und über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung getroffen haben." [9]

Falls ein Frachtbrief nicht ausgestellt wird, so muß der Frachtvertrag jedenfalls die unter 1—6 angegebenen Punkte feststellen, so weit sie nach allgemeinen Grundsätzen über die locatio conductio wesentlich sind. Z. B. würde der Mangel der Angabe der Merkzeichen nicht wesentlich sein, wenn sonst der Gegenstand (das Gut) feststände.

Bei Klagen aus einem Frachtvertrage sind im Allgemeinen die wesentlichen Erfordernisse desselben anzugeben. Im Uebrigen kommt es darauf an, wer Kläger und Beklagter ist, worauf und weshalb geklagt wird. Insbesondere kann klagen und belangt werden der Frachtführer, der Absender und der Empfänger.

---

1. Klagen des Frachtführers.

§. 121.

A. Gegen den Absender.

a) Wenn in Gemäßheit des H. G. B. Art. 393 darauf geklagt wird, daß der Frachtführer bei Gütern, welche vor der Ablieferung an den Empfänger einer zoll- und steueramtlichen Behandlung unterliegen, in den Besitz der deshalb erforderlichen Begleitpapiere gesetzt werde, wird zur Begründung, abgesehen vom Frachtvertrage überhaupt, namentlich hervorzuheben sein, daß die näher anzugebenden Güter einer zoll- oder steueramtlichen Behandlung vor Ablieferung an den Empfänger unterliegen und daß deshalb die zu bezeichnenden Begleitpapiere erforderlich seien.

Wird auf Ersatz für Strafen und Schäden wegen Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit der Begleitpapiere geklagt, so müßten jene genau

---

[9] H. G. B. Art. 392. Nach den Art. 391 und 392 kann die Unterschrift des Absenders nicht verlangt werden. Makower a. a. O. zu Art. 392 Anm. 3 unter b.

specificirt werden. Als Klagegrund wäre außer der soeben angegebenen Begründung geltend zu machen, daß die Begleitpapiere unrichtig oder unzulänglich gewesen und daß dadurch als Ursache die Strafen und Schäden veranlaßt seien. Ein eigenes Verschulden des Klägers brauchte erst gegenüber einer bezüglichen Einrede in der Replik geleugnet zu werden.[1]

b) Bei einer Klage nach Art. 394[2] des H. G. B. auf Erstattung der Kosten zur Vorbereitung der Reise, der Kosten der Wiederausladung und auf Entschädigung wegen der Ansprüche in Beziehung auf die bereits zurückgelegte Reise ist eine genaue Specification erforderlich. Der anzugebende Klagegrund besteht in dem Frachtvertrage, der zeitweiligen (also nicht fortwährenden) Verhinderung des Antritts oder der Fortsetzung der nicht bedungenermaßen binnen bestimmter Frist zu vollendenden Reise durch Naturereignisse oder sonstige Zufälle, somit der Zurücktretung von dem Vertrage Seitens des Absenders, ferner in der durch die Vorbereitung der Reise, bezw. die Wiederausladung verursachten Entstehung der Kosten sowie darin, daß die für die bereits zurückgelegte Reise verlangte Höhe der Entschädigung ortsgebräuchlich, eventuell angemessen sei. Der Mangel eines eigenen Verschuldens braucht wiederum nicht schon in der Klage hervorgehoben zu werden.

c) Wenn nach den Bestimmungen des H. G. B. Art. 414 Abs. 3[3] der Frachtführer gegen den Absender auf Aushändigung einer von letzterem unterzeichneten gleichlautenden Copie des von ersterem dem letzteren ausgestellten Ladescheins klagt, so würde als Grund nur hervorzuheben sein, daß der Frachtvertrag geschlossen sei und der Kläger dem Beklagten einen Ladeschein ausgestellt habe.

d) Außer den unter a—c bezeichneten Klagen kann es noch andere geben, z. B. auf Zahlung der Fracht s. w. d. a. Da diese Fracht der Regel nach vom Empfänger zu zahlen ist, so müßte für die Klage gegen den Absender ein besonderer Grund angegeben werden, insbesondere, daß Kläger das Gut ohne Bezahlung abgeliefert, jedoch das Pfandrecht binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht[4], im Uebrigen bis jetzt noch keine Zahlung erhalten habe; oder es nicht

---

[1] Ein Verschulden des Beklagten erfordert der Art. 393 nicht. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 147. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 55. Anders beim Seetransport nach Art. 564. Vgl. auch v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, III. S. 822 und 823.

[2] Vgl. Art. 630—643; ferner Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 205.

[3] Vgl. Art. 644.

[4] H. G. B. Art. 412. Vgl. für das Seerecht die abweichende Vorschrift des Art. 624.

habe abliefern können; oder Beklagter sich zum Schaden des Klägers grundlos bereichern würde, im letzteren Fall auch ein anderes Rechtsmittel nicht anwendbar sei.[5]

§. 122.

B. Gegen den Empfänger.[1]

a) „Durch Annahme des Guts und des Frachtbriefes wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maaßgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten.“[2]

Diese Klage auf Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefs müßte dadurch begründet werden, daß der Frachtvertrag sowie die Seitens des Empfängers erfolgte Annahme des Guts und des Frachtbriefs behauptet würde. Sollte gar kein Frachtbrief ausgestellt sein, so müßte dies bemerkt werden. Die sonst nothwendige Annahme des Frachtbriefs würde dann durch die darzulegende Unmöglichkeit ersetzt.

b) Wird auf Grund der Bestimmungen des H. G. B. Art. 409[3] die Pfandklage angestellt, so müßte zur Begründung Folgendes geltend gemacht werden:

1) Die Legitimation des Klägers zur Sache. Als Kläger ist der Frachtführer legitimirt.

2) Die Legitimation des Beklagten zur Sache.

Beklagter können der Empfänger, bei welchem das Gut sich noch befindet oder für welchen es ein Dritter besitzt, oder dieser Dritte oder

---

[5] Vgl. Art. 627 und unten §. 143 sowie §. 346.

[1] Vgl. in Ansehung der Klagen unter B bezüglich der etwaigen Ausstellung eines Ladescheins H. G. B. Art. 413—419.

[2] H. G. B. Art. 406. Vgl. Art. 615. Vor der Annahme ist der Empfänger dem Frachtführer nicht obligirt. Die Annahme kann nicht blos eine thatsächliche, sondern auch eine wörtliche sein. Bei der letzteren ist eine Annahme ohne oder mit Vorbehalt zu unterscheiden. Im Fall der wörtlichen Annahme mit auch nur einseitigem Vorbehalt würden noch Einwendungen gegen das Gut und dessen Zurückweisung aus gegründeten Ursachen statthaft sein. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht, 1. B. 2. Abth. (Erlangen 1868), S. 751. Dagegen erlischt durch thatsächliche Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch gegen den Frachtführer (Art. 408), so daß nicht ein einseitiger Vorbehalt, sondern nur ein bewilligter von Bedeutung wäre. Bei einer blos wörtlichen Annahme des Guts und des Frachtbriefs oder des Guts auf Grund des Frachtbriefs würde der Klage auf Zahlung selbstverständlich die exceptio doli wegen noch nicht erfolgter Auslieferung entgegenstehen. Diese könnte dann durch die Replik, daß Kläger zur Auslieferung des Guts und Frachtbriefs Zug um Zug bereit sei, elidirt werden.

[3] Vgl. Art. 624 und unten §. 158.

die übrigen Gläubiger und die besitzende oder detinirende Concursmasse des Eigenthümers sein.[4]

3) Der Gegenstand, d. i. die Wiedereinräumung des Besitzes an dem Frachtgut als Pfand, bezw. die Anerkennung oder Gewährung eines Absonderungsrechts im Concurse.[5]

4) Der Grund der Klage. Dieser besteht darin, daß ein Frachtvertrag geschlossen sei, daß dadurch näher anzugebende Forderungen, insbesondere Fracht- und Liegegelder, Zollgelder oder andere Auslagen für den Kläger, wenn auch durch Befriedigung eines Vormanns auf Grund einer fingirten Cession, oder für einen auf Grund eines präsumtiven Mandats zu vertretenden Vormann[6] entstanden seien, daß das Gut freilich bereits an den Empfänger abgeliefert worden, aber daß von der Ablieferung an bis zur Zustellung der Klage an Beklagten noch keine drei Tage abgelaufen seien.[7]

5) Der erforderliche Antrag. Dieser geht dahin, Beklagten zur Auslieferung des Frachtguts als Pfandes, bezw. zur Anerkennung oder Gewährung eines Absonderungsrechts zu verurtheilen, er möchte denn Zahlung vorziehen — vgl. oben §. 25, insbesondere Note 11 —.

---

2. Klagen gegen den Frachtführer.

§. 123.

A. Von Seiten des Absenders.

Der Absender kann gegen den Frachtführer namentlich klagen:

a) auf Ersatz des Schadens, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist;

b) auf Ersatz des Schadens, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist;

---

[4] Wenn ich die Gläubiger und die Concursmasse hier mithervorhebe, so geschieht dies nicht wegen des Art. 409 Abs. 3. Denn Abs. 3 betrifft nur den Abs. 2. Vgl. Art. 624—626. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß auch die Gläubiger und die Concursmasse möglicherweise passiv legitimirt sein können.

[5] K. O. §. 41 Ziffer 8, §. 40, §. 117. Die Auslieferung des Guts würde im Concurse nicht erzwungen werden können, sondern vom Ermessen des Verwalters abhängen. Dies folgt schon aus der K. O. §. 117 Abs. 1. Aus dem H. G. B. Art. 409 Abs. 2 und 3 folgt nicht ein Recht auf Auslieferung, weil das dadurch gewährte Recht ungeachtet der Nichtauslieferung ausgeübt werden kann.

[6] H. G. B. Art. 410. Vgl. noch Art. 411.

[7] Vgl. H. G. B. Art. 409 in Verbindung mit C. P. O. §§. 239 und 230.

c) insbesondere auf einen Abzug an der Fracht oder Verlust der Fracht oder eine Conventionalstrafe in Folge Vereinbarung für den Fall verspäteter Ablieferung[1];

d) auf Zurückgabe des Guts oder Auslieferung desselben an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger, eventuell Schadensersatz wegen Nichtbeachtung späterer Anweisungen;

e) auf Aushändigung des Frachtguts an den Empfänger, eventuell auf Schadensersatz;

f) auf Schadensersatz wegen Aushändigung des Guts an den Empfänger vor dessen Ankunft am Ort der Ablieferung;

g) auf vereinbarte Ausstellung eines Ladescheins.

Zu a.

H. G. B. Art. 395 und 396 (vgl. Art. 607 bis 614 und 674).

Zur Begründung der Klage aus diesen Artikeln, durch welche die Grundsätze des Römischen Rechts über die actio de recepto gegen Schiffer in Ansehung des Transports von Gütern auf Flüssen und Binnengewässern offenbar aufgehoben sind, muß u. A. der Gegenstand, der zu ersetzende Schaden, genau specificirt werden, sei es, daß der gemeine Handelswerth, eventuell der gemeine Werth dabei zu Grunde zu legen oder sei es, daß der volle Schaden zu ersetzen ist.

Als Grund ist geltend zu machen, daß der Frachtvertrag geschlossen, der Schaden durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme[2] entstanden und, wenn es sich um Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere handelt, dem Frachtführer diese Beschaffenheit oder der Werth des Guts angegeben sei.[3] Der Anspruch auf Ersatz des

---

[1] Die Klagen unter a—c kann der Absender namentlich dann anstellen, wenn der Empfänger das Frachtgut nicht abgenommen hat.

[2] Der Schaden muß freilich auch bis zur Ablieferung entstanden sein. Es ist aber Sache des Frachtführers, einzuwenden, daß er erst nach der Ablieferung entstanden oder daß das Gut unbeanstandet angenommen sei, in welchem Falle der Empfänger behaupten und beweisen müßte, daß schon vor der Ablieferung der Schaden entstanden sei; oder daß durch Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch gegen ihn erloschen sei. Art. 408. Vgl. unten den Text zu Note 4 und 5 sowie §. 167 Note 6. Bei einem Streit darüber, ob überhaupt ein Verlust oder eine Beschädigung vorliege, hat Kläger die Beschaffenheit zur Zeit der Empfangnahme Seitens des Frachtführers, dieser dann bei der Ablieferung den Mangel eines Verlustes oder einer Beschädigung zu beweisen.

[3] Sonstige Kunde des Frachtführers genügt nicht. Die Nichthaftung aus Art. 395 und 396, d. h. also aus dem Frachtvertrage, schließt aber nicht jede Haftung aus. Eine solche kann wegen Dolus, culposer positiver Sachbeschädigung u. s. w. nach allgemeinen Regeln begründet sein. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 395 Note 11 unter c.

vollen Schadens ist überdies durch den Nachweis einer böslichen Handlungsweise[4] des Frachtführers (oder derer, für welche er nach Art. 400 und 401 haftet) zu begründen. Sonst ist anzugeben, daß der Ersatz des specificirten Schadens verlangt werden könne, weil die Berechnung sich aus der Zugrundelegung des gemeinen Handelswerthes, eventuell (falls das Gut keinen Handelswerth hat) des gemeinen Werthes in der Weise ergebe, daß im Fall des Verlustes der Werth verlangt werde, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Ort und zur Zeit der Ablieferung (nicht der Empfangnahme), unter Abzug der Ersparungen an Zöllen und Unkosten (nicht auch an Fracht, da sie gar nicht erspart wird), gehabt habe, und im Fall der Beschädigung der Unterschied zwischen dem Verkaufswerth des Guts im beschädigten Zustande und dem gemeinen Handelswerth, eventuell gemeinen Werth, ersetzt verlangt werde, welchen das Gut ohne diese Beschädigung am Ort und zur Zeit der Ablieferung, nach Abzug der in Folge der Beschädigung ersparten Zölle und Unkosten, gehabt haben würde.

Die vorliegende wie überhaupt jede Klage gegen den Frachtführer kann durch die Einrede elidirt werden, daß das Gut angenommen und die Fracht bezahlt sei.[5] Dagegen könnte replicirt werden, daß Verlust oder Beschädigung bei der Ablieferung äußerlich nicht erkennbar waren, die Feststellung des Verlustes oder der Beschädigung ohne Verzug nach der Entdeckung nachgesucht worden und der Verlust oder die Beschädigung während der Zeit seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden sei.[6]

Ferner ist die Einrede zulässig, daß der Verlust oder die Beschä-

---

[4] Grobes Verschulden genügt nicht. Vgl. Thöl, Handelsrecht, 3. B. (Leipzig 1880), §. 28. Der Satz: „Culpa lata dolus est" (vgl. l. 226 D. de V. S. [50; 16]): „Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est") gilt überhaupt nur ausnahmsweise, nämlich:

a) wenn es speciell in einzelnen Fällen bestimmt ist (l. 1 §. 2 D. si is, qui test. l. e. j. e. [47; 4]; l. 1 §. 1 D. si mens. f. m. d. [11; 6]);

b) allgemein bei Vertragsverhältnissen oder Quasicontracten, sofern es sich um natürliche Obliegenheiten (im Gegensatz gegen solche, für welche man lediglich wegen Dolus verantwortlich ist) handelt, indem der, welcher in Ansehung selbiger nur für Dolus haftet, doch auch für culpa lata einstehen muß, es möchte denn speciell das Gegentheil bedungen sein;

c) wenn es sich um Beneficien, z. B. das der Theilung, handelt, für welchen Rechtssatz ich freilich keine Belegstelle, sondern nur die Natur der Sache geltend machen kann. Vgl. oben §. 110 Note 25.

[5] H. G. B. Art. 408 Abs. 1.

[6] H. G. B. Art. 408 Abs. 2. Vgl. Art. 428 und 610.

digung durch höhere Gewalt (vis major [7]) oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage u. d. m., oder durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung entstanden sei. [8]

Zu b.

H. G. B. Art. 397.

Die Klage erfordert u. A. eine genaue Specification des Schadens und die Angabe des Grundes. Dieser besteht darin, daß der Frachtvertrag geschlossen, die bedungene oder übliche Lieferungszeit versäumt und dadurch der Schaden entstanden sei. Ein Verschulden braucht nicht behauptet zu werden.

Vielmehr hat Beklagter einzuwenden, daß er die Verspätung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können. [9] Er kann auch einwenden, daß für den Fall verspäteter Ablieferung ein Abzug an der Fracht oder der Verlust der Fracht oder sonst eine Conventionalstrafe bedungen sei und die Parteien die Ausschließung weiterer Schadensersatzansprüche vereinbart oder nach näher anzugebenden Umständen beabsichtigt hätten. [10]

Zu c.

H. G. B. Art. 398 und 399.

Zur Begründung der Klage müßte, abgesehen vom Gegenstande und den sonstigen gewöhnlichen Erfordernissen, hervorgehoben werden, daß der Frachtvertrag geschlossen, die Ablieferung verspätet, für diesen Fall aber der eingeklagte Nachtheil (Abzug an der Fracht, Verlust der Fracht oder sonst eine Conventionalstrafe) bedungen sei.

Gegen die der Regel nach zulässige Einrede, daß Beklagter die Verspätung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können [11], kann replicirt werden, daß sich aus dem Vertrage eine der Zulässigkeit dieser Einrede entgegenstehende Absicht ergebe. Dies ist näher zu begründen. Wenn Kläger selbst schon in seiner Klage die Einredethatsache zugibt, so muß er die angegebene Replik auch schon mit in die Klage aufnehmen. [12]

Zu d.

H. G. B. Art. 402, 405, 416. Vgl. Art. 661.

---

[7] Der Nachweis eines gewöhnlichen Casus oder des Mangels einer Culpa genügt nicht. Vgl. oben §. 109 Note 19.

[8] H. G. B. Art. 395 Abs. 1. Vgl. Art. 424 Ziffer 2 und 607.

[9] Vgl. oben §. 7 unter 13. Ueber eine mögliche Replik s. die im Text sogleich folgenden Angaben zu c.

[10] H. G. B. Art. 398. Vgl. Art. 284.

[11] Vgl. oben §. 7 unter 13.

[12] Vgl. oben §. 7 unter 16.

Der in der Klage anzugebende Gegenstand ist die Zurückgabe[13] des Guts oder die Auslieferung desselben an einen anderen, als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger, eventuell das Interesse.

Als Klagegrund würde namentlich der Umstand geltend zu machen sein, daß der Frachtführer später (nach Abschluß des Frachtvertrages) vom Absender die Anweisung erhalten habe, das Gut zurückzugeben oder an einen anderen, als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger, auszuliefern und daß diese Anweisung nicht befolgt sei. Wird auf Auslieferung an einen Anderen geklagt, so müßte auch vom Kläger das rechtliche Interesse, hierauf zu klagen, dargelegt werden. Würde sofort, anstatt auf Rückgabe oder Auslieferung, auf Schadensersatz geklagt, so wäre überdies zu behaupten, daß die Zurückgabe oder Auslieferung an einen Anderen nicht mehr erfolgen könne.

Beklagter kann einwenden, daß er vor Empfang der Anweisung nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung den Frachtbrief (oder auch das Gut) dem in demselben bezeichneten Empfänger übergeben habe (Art. 402); oder vor Empfang der Anweisung nach Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung von dem im Frachtbrief bezeichneten Empfänger auf Uebergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Guts belangt sei, (Art. 405); oder daß er einen Ladeschein ausgestellt habe, dieser ihm aber nicht zurückgegeben worden, mag Kläger danach nicht empfangsberechtigt sein, in welchem Fall ihm ohne Verpflichtung dem rechtmäßigen Inhaber gegenüber nicht ausgeliefert werden darf (Art. 416), oder mag Kläger danach empfangsberechtigt sein, in welchem Fall ihm nur gegen Rückgabe des mit einer Bescheinigung über die Ablieferung des Guts zu versehenden Ladescheins ausgeliefert zu werden braucht (Art. 418). Im letzteren Fall handelt es sich um eine Leistung, die in Wirklichkeit eine Nachleistung ist, aber zur Sicherheit des Frachtführers als Leistung Zug um Zug auf Antrag behandelt wird. Es würde dann, ohne daß es einer Replik bedürfte, auf die Verurtheilung der Einrede entsprechend, also Zug um Zug, zu erkennen sein.[14]

Zu e.

„Der Frachtführer ist verpflichtet, am Ort der Ablieferung dem durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger das Frachtgut auszuhändigen.“[15]

Die Klage ist zunächst auf Aushändigung des Frachtguts an den

[13] Nicht der Rücktransport, es möchte denn ein bezüglicher neuer Frachtvertrag geschlossen oder bei einer Eisenbahn erzwingbar sein. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 68. H. G. B. Art. 422.

[14] Vgl. oben §. 107 Note 23.

[15] H. G. B. Art. 403. Ueber den Begriff der Aushändigung s. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 239. Vgl. H. G. B. Art. 647—651.

Empfänger zu richten und kann statt dessen eventuell auch auf Leistung des zu specificirenden Interesses an selbigen gerichtet werden. Wenn durch die verspätete Aushändigung dem Empfänger ein Schaden entstanden ist, so kann die Klage auf Ersatz desselben in Verbindung mit der auf Aushändigung erhoben werden.

Es besteht der Grund der Klage darin, daß der Frachtvertrag geschlossen und das Frachtgut am Ort der Ablieferung angekommen, aber nicht an den durch den Frachtbrief bezeichneten Empfänger ausgeliefert sei; bezw. auch durch die Nichtaushändigung oder deren Verspätung als Ursache der specificirte Schaden dem Empfänger erwachsen sei. Ueberdies ist das rechtliche Interesse, welches Kläger an der Aushändigung, bezw. Leistung des Interesses an den Empfänger hat, darzulegen.

Zu f.

Der Empfänger kann die Auslieferung des Guts vor dessen Ankunft am Ort der Ablieferung nur dann fordern, wenn der Absender den Frachtführer zu derselben ermächtigt hat.[16] Eine frühere Ablieferung macht den Frachtführer dem Absender verantwortlich. Dies folgt auch daraus, daß bis zur Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung und Uebergabe des Frachtbriefs (oder Klagerhebung Seitens des Empfängers nach Art. 405) der Absender über die Person des Empfängers andere Anweisungen, als die im Frachtvertrage enthaltenen, geben kann.[17]

Ein mit der Klage eingeforderter Schaden des Klägers ist genau zu specificiren und als Klagegrund hervorzuheben, daß der Frachtvertrag geschlossen, sowie das Gut vor dessen Ankunft am Ort der Ablieferung an den Empfänger ausgehändigt, dadurch aber dem Kläger der Schaden entstanden sei.

Zu g.

„Der Absender und der Frachtführer können übereinkommen, daß der letztere dem ersteren einen Ladeschein ausstellt.“[18]

Zur Begründung der Klage müßte u. A. bemerkt werden, daß der Frachtvertrag geschlossen und die Uebereinkunft über die Ausstellung eines Ladescheins von Seiten des Beklagten an den Kläger getroffen, dessenungeachtet aber ein solcher nicht ausgestellt sei.

§. 124.

B. Von Seiten des Empfängers.

Die Klagen des Empfängers gegen den Frachtführer können namentlich gerichtet sein:

---

[16] H. G. B. Art. 404.

[17] H. G. B. Art. 402 Abs. 1.

[18] H. G. B. Art. 413 Abs. 1. Vgl. Art. 644.

a) auf Ersatz des Schadens, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist;

b) auf Ersatz des Schadens, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist;

c) auf einen Abzug an der Fracht oder Verlust der Fracht oder sonst eine Conventionalstrafe in Folge Vereinbarung für den Fall verspäteter Ablieferung;

d) auf Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts, eventuell Schadensersatz;

e) auf Ausrichtung der zum Zweck der Sicherstellung des Guts nothwendigen Anweisungen, eventuell Schadensersatz.

Bezüglich aller dieser Klagen ist allgemein zu beachten, daß zu unterscheiden ist, ob ein Ladeschein, d. i. ein Verpflichtungsschein des Frachtführers, ausgestellt worden oder nicht. Im letzteren Fall sind die Bestimmungen des Frachtvertrages allein maßgebend. Im ersteren Fall bleiben sie freilich für die Rechtsverhältnisse zwischen Absender und Frachtführer relevant. Dagegen entscheidet der Ladeschein „für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Guts; die nicht in denselben aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrages haben" (wenn auch gegenüber dem Frachtführer von Seiten des Empfängers) „gegenüber dem Empfänger keine rechtliche Wirkung, sofern nicht auf dieselben ausdrücklich Bezug genommen ist".[1] „Zum Empfange des Guts legitimirt ist derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll, oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist."[2] „Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Guts nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf welchem die Ablieferung des Guts zu bescheinigen ist, verpflichtet."[3]

Bei allen Klagen des Empfängers gegen den Frachtführer ist also zunächst die Activlegitimation des Klägers zu behaupten. Dies kann entweder dadurch geschehen, daß Kläger sich auf den ihn als Empfänger

---

[1] H. G. B. Art. 415. Vgl. Art. 653. Zwischen dem Frachtführer und Empfänger können Abänderungen der Bestimmungen des Ladescheins gültig vereinbart werden. Sind sie zwischen einem anderen Frachtführer, durch welchen der Aussteller des Ladescheins den Transport ausführen läßt, und dem Empfänger vereinbart, so würde dies in Ansehung des ersten Frachtführers eine Ueberschreitung der Vollmacht von Seiten des zweiten, also nicht verbindlich sein. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 81. S. im Allgemeinen über den Ladeschein Endemann a. a. O. §. 158 unter II und III.

[2] H. G. B. Art. 417. Vgl. l. 6 §. 2 D. de neg. gest. (3; 5) und Art. 647.

[3] H. G. B. Art. 418. Vgl. Art. 652.

bezeichnenden Frachtvertrag (Art. 403) oder auf eine spätere ihn als Empfänger bezeichnende Anweisung (Art. 402) stützt, oder durch Berufung auf den Ladeschein (Art. 417). Im ersteren Fall braucht Kläger nicht zu behaupten, daß keine entgegenstehende Anweisung und kein entgegenstehender Ladeschein ausgestellt sei. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, einzuwenden, daß solches der Fall und somit Kläger nicht legitimirt sei.

Ebenso kann im zweiten Fall der Ladeschein unberührt bleiben. Uebrigens ist doch ungeachtet der Indossabilität des an Ordre lautenden Ladescheins auch eine Cession der Forderung aus demselben möglich.[4]

In Betreff der Klagen unter a, b und c kann auf die gleichen Klagen des Absenders verwiesen werden. Jedoch versteht sich das Interesse des Empfängers, das Gut, bezw. Schadensersatz u. s. w. zu erhalten, von selbst, da er nach Art. 405 des H. G. B. hierbei in eigenem Namen, also nicht als Vertreter des Absenders, sei es in eigenem oder fremdem Interesse, handelt.

Bei der Klage unter d kommt namentlich der Art. 405 des H. G. B. in Betracht.

Der Gegenstand der Klage ist die Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts.

Der Grund der Klage besteht darin, daß der Frachtvertrag geschlossen und der Frachtführer (mit dem Gut, es möchte denn verloren sein) am Ort der Ablieferung angekommen sei. Die Auslieferung des Guts kann der Empfänger „vor dessen Ankunft am Ort der Ablieferung nur dann fordern, wenn der Absender den Frachtführer zu derselben ermächtigt hat".[5] Der Grund der Klage für diesen Fall wäre demnach diese Ermächtigung. Daß Kläger seinerseits erfüllt habe oder bereit sei, gegen Uebergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Guts zu erfüllen, braucht nicht schon in der Klage bemerkt zu werden. Dies kann zur Beseitigung der Einrede der nicht geschehenen Erfüllung noch rechtzeitig in der Replik geschehen.

Bezüglich der Klage unter e ist die Vorschrift des H. G. B. Art. 404 zu beachten, wonach der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger vor Ankunft des Guts am Ort der Ablieferung dem Frachtführer gegenüber berechtigt ist, „alle zur Sicherstellung des Guts erforderlichen Maaßregeln

---

[4] E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 80.
[5] H. G. B. Art. 404.

zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zweck nothwendigen Anweisungen zu ertheilen".

Als Klagegrund wäre hierbei hervorzuheben, daß der Frachtvertrag geschlossen, das Gut noch nicht am Ort der Ablieferung angekommen sei, zur Sicherstellung des Guts näher darzulegende Maßregeln ergriffen und Anweisungen dem Frachtführer ertheilt seien, daß diese zu jenem Zweck nothwendig seien und daß somit Beklagter sie zu erfüllen, eventuell Entschädigung zu leisten habe.

§. 125.

II. Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen.

Die unter I hervorgehobenen Klagen sind auch beim Frachtgeschäft der Eisenbahnen anwendbar, so weit nicht die Art. 422 bis 431 des H. G. B. entgegenstehende Vorschriften enthalten. Hierüber ist namentlich Folgendes zu bemerken.

Eine besondere Schadensersatzklage gegen die Eisenbahngesellschaft ergibt sich aus dem Art. 422 des H. G. B.

Zur Begründung dieser Schadensersatzklage wäre zu behaupten: daß

1) Kläger activ zur Sache legitimirt sei; mag er als Absender einen Frachtvertrag haben abschließen wollen oder wirklich abgeschlossen haben;

2) Beklagte passiv zur Sache legitimirt sei;

3) es sich um Ersatz eines näher zu specificirenden Schadens handle;

4) Beklagte deshalb hierfür hafte, weil die Eisenbahn dem Publikum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet sei, Kläger bei ihr die Eingehung eines genauer anzugebenden Frachtgeschäfts für ihre Bahnstrecke oder einen Theil derselben nachgesucht, die Eingehung des Geschäfts aber verweigert sei, obschon die unter 1—3 des Art. 422 aufgestellten Voraussetzungen[1] einer unstatthaften Weigerung vorgelegen hätten oder weil in Ansehung der Zeit der Beförderung ein anderer Absender

---

[1] Daß

„1) die Güter, an sich oder vermöge ihrer Verpackung nach den Reglements, und im Falle die letzteren fehlen oder keinen Anhalt gewähren, nach den Einrichtungen und der Benutzungsweise der Bahn zum Transport sich eignen;

2) der Absender in Bezug auf die Fracht, die Auslieferung der Güter und die sonstigen den Eisenbahnen frei gestellten Transportbedingungen sich den allgemein geltenden Anordnungen der Bahnverwaltung unterwirft;

3) die regelmäßigen Transportmittel der Bahn zur Ausführung des Transports genügen."

vor dem Kläger begünstigt sei. Die Voraussetzungen unter 1—3 gehören zum Fundament der Klage, da nicht die Verweigerung an sich, sondern eine grundlose Verweigerung oder eine Verweigerung unter bestimmten Voraussetzungen die Haftpflicht begründet. Dagegen genügt die Begünstigung an sich zur Begründung der Klage, indem es Sache der Beklagten ist, einzuwenden, daß die Begünstigung durch einen in den Einrichtungen der Bahn, in den Transportverhältnissen oder im öffentlichen Interesse liegenden Grund veranlaßt sei.

5) Antragen muß Kläger auf Verurtheilung zur Zahlung des specificirten Schadens. —

Die Art. 424—430 enthalten verschiedene Fälle, in denen die Haftpflicht der Eisenbahnen ausnahmsweise [2] durch vorhergehende Vereinbarung beschränkt werden kann. Daraus können namentlich Einreden gegen eine Klage abgeleitet werden. In Betreff der Begründung der Klage sind diese Artikel nur selten von Belang. Insbesondere haben sie dann Bedeutung, wenn Kläger selbst in der Klage eine solche bedungene Einschränkung der fraglichen Haftpflicht zugegeben hat. Dann müßte er der Regel nach diese schon in der Klage beseitigen, z. B. durch den Nachweis, daß der Schaden durch andere von der Eisenbahn zu vertretende Umstände, nicht aber durch die von der Vereinbarung berührten, verursacht sei oder durch die Darlegung eines Verschuldens in den Fällen des Art. 424 oder einer böslichen Handlungsweise der Bahnverwaltung oder ihrer Leute im Fall des Art. 427 Ziffer 1. [3]

Im Uebrigen vgl. noch die Bekanntmachung, betreffend das Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen im Norddeutschen Bunde, vom 10. Juni 1870; die Nachträge zu demselben vom 22. December 1871 und 5. August 1872; die Bekanntmachung, betreffend das Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands, vom 11. Mai 1874 [4]; ferner die Bekanntmachung, betreffend das Bahnpolizei-Reglement für die Eisenbahnen im Norddeutschen Bunde, vom 3. Juni 1870; und die Bekannt-

---

[2] Eine Aufhebung der Haftpflicht durch Vereinbarung nach Eintritt des Schadens ist stets zulässig.

[3] Es versteht sich von selbst, daß Culpa, bezw. Dolus genügend thatsächlich substantiirt werden müssen. Vgl. Gruchot, Beiträge, XVIII. Jahrgang (Berlin 1874), S. 128—130.

[4] Dieses bestimmt im §. 49, daß der Frachtvertrag durch die Ausstellung des Frachtbriefs von Seiten des Absenders und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgte Aufdrückung des Expeditionsstempels geschlossen werde. Dadurch ist aber die Möglichkeit eines früheren Abschlusses nicht ausgeschlossen. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 17.

machung, betreffend die Abänderung und Ausdehnung des Bahnpolizei-Reglements für die Eisenbahnen im Norddeutschen Bunde vom 3. Juni 1870, vom 29. December 1871. Hiernach gilt es auch in Württemberg, Baden, Süd-Hessen, Elsaß-Lothringen.

III. Von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zur See.[1]

1. Klagen des Verfrachters.

A. Gegen den Befrachter.

§. 126.

Allgemeine Bemerkungen.

Diese Klagen sind die zahlreichsten, welche aus einem Geschäft entstehen können. Sie beziehen sich auf sehr verschiedene Gegenstände und beruhen auf den mannichfaltigsten Gründen. Der hauptsächlichste Gegenstand ist die Zahlung der Fracht; jedoch wiederum in sehr verschiedener Weise. Als gemeinsamer Grund kommt fast überall die Abschließung des Frachtvertrages in Betracht. Insbesondere sind die in den §§. 127—150 hervorgehobenen einzelnen Klagen von Erheblichkeit.

§. 127.

a. Die Klage auf Errichtung einer Charteparthie.

„Der Frachtvertrag zur Beförderung von Gütern bezieht sich entweder

1) auf das Schiff im Ganzen oder einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs, oder

---

[1] Die Grundsätze über das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zur See, wie überhaupt alle Bestimmungen des den Seehandel betreffenden fünften Buchs des H. G. B. gelten für die Postanstalten „nur insoweit, als nicht durch besondere Gesetze oder Verordnungen für dieselben ein Anderes vorgeschrieben ist“. H. G. B. Art. 449. „Wird ein Schiff zur Beförderung von Reisenden einem Dritten verfrachtet, sei es im Ganzen oder zu einem Theil oder dergestalt, daß eine bestimmte Zahl von Reisenden befördert werden soll, so gelten für das Rechtsverhältniß zwischen dem Verfrachter und dem Dritten die Vorschriften des fünften Titels“ (von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern zur See), „soweit die Natur der Sache die Anwendung derselben zuläßt.“ H. G. B. Art. 677. Manche Bestimmungen des fünften Buchs des H. G. B. werden auf andere Schiffe als Seeerwerbsschiffe analog ausgedehnt werden können. Vgl. dabei E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 111.

2) auf einzelne Güter (Stückgüter)".[1]

Im ersten Fall „kann jede Partei verlangen, daß über den Vertrag eine schriftliche Urkunde (Chartepartie) errichtet werde".[2]

Der in der Klage zu bezeichnende Gegenstand ist die Errichtung einer Chartepartie auf gemeinsame Kosten über den zwischen den Parteien geschlossenen, seinem Inhalt nach näher anzugebenden Frachtvertrag. An sich kann nur die Errichtung einer schriftlichen ordnungsmäßigen Urkunde in nicht beglaubigter Form verlangt werden. Wenn der Kläger sich zur einseitigen Tragung der Mehrkosten einer Beglaubigung durch das Gericht oder einen Notar erbietet, wird er berechtigt sein, auch eine gerichtliche oder notarielle Errichtung zu beanspruchen. Ebenso bleibt es ihm unbenommen, Zeugen bei der Errichtung auf seine Kosten zuzuziehen. Eine zwiefache Ausfertigung der Chartepartie auf gemeinsame Kosten könnte nicht vom Kläger ohne Zustimmung des Beklagten verlangt werden. Im Fall des Widerspruchs würde aber das Eine auf gemeinschaftliche Kosten zu errichtende Original- oder Ausfertigungsexemplar dem Kläger auszuliefern sein.

Es besteht der anzugebende Grund der Klage darin, daß das Schiff im Ganzen oder zu einem verhältnißmäßigen Theil oder ein bestimmt bezeichneter Raum des Schiffs verfrachtet sei. Die Weigerung des Beklagten, eine schriftliche Urkunde zu errichten, braucht nicht behauptet zu werden; vielmehr muß Beklagter excipiren, er sei nicht gemahnt und bereit, die Urkunde zu errichten, in welchem Falle Beklagter unter Belastung des Klägers mit den Proceßkosten, sofern nicht Kläger nachweisen könnte, daß Beklagter anderweitig durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hätte[3], zu verurtheilen ist.

§. 128.

b. Die Klage auf kostenfreie Lieferung der Güter bis an das Schiff.

H. G. B. Art. 562. Vgl. Art. 351.

I. Der Gegenstand der Klage kann ein dreifacher sein, nämlich:

1) kostenfreie Lieferung der noch nicht gelieferten Güter bis an das Schiff;

---

[1] H. G. B. Art. 557.

[2] H. G. B. Art. 558.

Die Chartepartie kann nicht indossirt werden; selbst dann nicht, wenn sie an Ordre lautet (H. G. B. Art. 302). Sie kann aber cedirt werden; auch schon vor ihrer Errichtung ist eine Cession der Rechte des Befrachters möglich, sodaß dann auch der Cessionar auf Errichtung der Chartepartie klagen kann. Aus einer Afterverchartung von Seiten des Befrachters würde der Afterbefrachter gegen den ersten Verfrachter nicht klagen können; es müßte eine Cession oder die Uebernahme einer Verpflichtung von Seiten des ersten Verfrachters hinzukommen.

[3] C. P. O. §. 89.

2) Tragung der durch die bereits geschehene Lieferung bis an das Schiff erwachsenen, aber noch von keiner Partei berichtigten Kosten;

3) Erstattung dieser vom Kläger verlegten Kosten.

II. Als Grund der Klage ist in allen drei Fällen die Abschließung des Frachtvertrages anzugeben. Ueberdies ist in den beiden ersten Fällen ein besonderes rechtliches Interesse des Klägers, zu klagen, darzulegen, während im dritten Fall sich dies von selbst ergibt. Im dritten Fall wird auf Grund der locatio conductio oder einer negotiorum gestio, wenn nicht etwa ein Mandat vorliegen sollte, oder einer Cession, oder einer grundlosen Bereicherung zum Schaden des Klägers die Erstattung verlangt werden können.[1a]

Aus dem Art. 562 ergeben sich verschiedene Einreden.

§. 129.

c. Die Klage gegen den Befrachter (oder Ablader) auf Schadensersatz wegen unrichtiger Bezeichnung der verladenen Güter, Verladung von Kriegscontrebande oder Gütern, deren Ausfuhr oder deren Einfuhr in den Bestimmungshafen verboten ist, oder Uebertretung der gesetzlichen Vorschriften bei der Abladung.

H. G. B. Art. 564.

Die Klage ist auf Schadensersatz gerichtet. Der Schaden ist hinlänglich zu specificiren.

Als Grund der Klage ist hervorzuheben:

1) daß der Frachtvertrag geschlossen sei;

2) daß der beklagte Befrachter (oder Ablader[1b]) die verladenen Güter unrichtig bezeichnet oder Kriegscontrebande oder Güter, deren Ausfuhr oder deren Einfuhr in den Bestimmungshafen verboten sei, verladen oder bei der Abladung die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die Polizei-, Steuer- und Zollgesetze, übertreten habe;

[1a] Ob die eine oder andere Klage statthaft sei, wird von den Umständen abhängen. Die act. conducti halte ich dann für anwendbar, wenn der Verfrachter zur Vermeidung von Weiterungen in Ansehung der Einladung, des Abgangs des Schiffs u. s. w. die Kosten nothwendig berichtigen mußte. Sonst eine der anderen bezeichneten Klagen. Jenachdem es die eine oder andere Klage ist, sind deren besondere Erforderniße als zutreffend darzulegen. Im Fall der act. conducti folgt die Pflicht zur Zahlung der gesammten Kosten der Lieferung bis an das Schiff schon aus den Grundsätzen über die bona fides.

[1b] Der Ablader kann der Befrachter oder ein Vertreter desselben sein. Vgl. Lewis, Das deutsche Seerecht, 1. B. (Leipzig 1877), S. 183.

3) daß ihm hierbei ein näher anzugebendes Verschulden[2] zur Last falle;

4) daß durch sein Verfahren als Ursache, sei es in Folge des veranlaßten Aufenthalts oder anderweitig, der Schaden[3] herbeigeführt sei.

Zu beachten ist noch, daß auch die im ersten Absatz des Art. 479 bezeichneten Personen[4] klagen können.

§. 130.

d. Die Klage gegen den Befrachter (oder Ablader und jeden Dritten) auf Schadensersatz, sofern sie ohne Wissen des Schiffers Güter an Bord gebracht haben.

„Derjenige, welcher ohne Wissen des Schiffers Güter an Bord bringt, ist nach Maaßgabe" des Art. 564, also auch allen im ersten Absatz des Art. 479 bezeichneten Personen „zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Der Schiffer ist befugt, solche Güter wieder ans Land zu setzen oder, wenn sie das Schiff oder die übrige Ladung gefährden, nöthigenfalls über Bord zu werfen. Hat der Schiffer die Güter an Bord behalten, so muß dafür die höchste am Abladungsort zur Abladungszeit für solche Reisen und Güter bedungene Fracht bezahlt werden."[1]

Zur Begründung der Klage auf Schadensersatz wird der Kläger

---

[2] Ich kann mir keinen Fall denken, in welchem nicht Kläger dieses Verschulden zu beweisen hätte. Uebrigens hat durch die Fassung des Art. 564 über die Beweislast in Ansehung des Verschuldens nicht entschieden werden sollen. Pr. S. 2082.

[3] Es braucht kein damnum corpori datum zu sein; mithin kann unsere Klage correcter Weise auch nicht immer als actio legis Aquiliae bezeichnet werden.

[4] Befrachter, Ablader, Ladungsempfänger, Reisende, Schiffsbesatzung, derjenige Schiffsgläubiger, dessen Forderung aus einem Creditgeschäft entstanden ist, insbesondere der Bodmereigläubiger.

[1] H. G. B. Art. 565. Vgl. S. O. §§. 75—77 und St. G. B. §. 297.

Die Klage auf die Fracht ist keine actio doli, da Dolus gar nicht erforderlich und die Fracht von dem mit der actio doli verfolgbaren Interesse verschieden ist; sowie keine actio legis Aquiliae, weil auch nicht einmal Culpa verlangt werden kann, sondern einfache Widerrechtlichkeit der Handlung genügt (s. unten §. 263), überdies nicht ein damnum corpori illatum vorliegt; vielmehr eine act. conducti aus einer fingirten locatio conductio operis. Diese wird hier wegen der Illation und des Behaltens an Bord fingirt. Kläger ist der, welcher sonst über den Raum hätte disponiren können. Der Grund der Klage ist das Bringen der Güter an Bord ohne Wissen des Schiffers, das Behalten derselben an Bord und der Umstand, daß die verlangte Fracht am Abladungsort zur Abladungszeit für solche Reisen und Güter, wenn auch als höchste, bedungen sei.

zunächst sich activ zur Sache legitimiren, d. h. nachweisen müssen, daß er zu den im Art. 479 Abs. 1 genannten Personen gehöre und daß er gerade in seinen rechtlichen Interessen verletzt sei.

Der Schaden ist genauer zu specificiren.

Als Grund ist anzugeben, daß Beklagter Güter an Bord gebracht habe, daß dies ohne Wissen des Schiffers geschehen, dem Beklagten ein Verschulden[2] zur Last falle und daß dadurch als Ursache der Schaden dem Kläger entstanden sei.

§. 131.

e. Die Klage auf Ladungsliegegeld.[1]

H. G. B. Art. 568—571 und 574—578. S. unten §. 139.

Wird auf Grund der Vorschriften dieser Artikel auf ein Ladungsliegegeld geklagt, so ist bei der Begründung der Klage namentlich der Gegenstand und der Verpflichtungsgrund ins Auge zu fassen.

Der Gegenstand muß nicht nur der ganzen Summe nach angegeben, sondern auch mit Rücksicht auf die in Betracht kommenden Tage specificirt werden. Ist das Liegegeld seiner Höhe nach nicht durch Vertrag festgesetzt, so kann auch auf eine unbestimmt gelassene, vom Richter nach billigem Ermessen zu bestimmende Summe geklagt werden, es möchte denn der Richter einen bestimmten Vorschlag vom Kläger verlangen. Vgl. oben §. 17 S. 159.

Als Klagegrund ist außer dem Frachtvertrage[2] hervorzuheben:

1) daß eine Ueberliegezeit ausdrücklich oder stillschweigends (durch Festsetzung eines Liegegeldes nach Art. 569 Abs. 3) vereinbart und eingetreten (Art. 568), oder für die ganz oder zum Theil erfüllte Ladezeit eine besondere Vergütung bedungen sei (Art. 568), oder Kläger wegen

---

[2] Da der Art. 565 in Betreff der Verpflichtung zum Schadensersatz auf die Maßgabe des in dieser Hinsicht ein Verschulden des Befrachters verlangenden Art. 564 verweist, so ist ein solches auch bei der vorliegenden Klage erforderlich. Anders in Ansehung der Verbindlichkeit zur Zahlung einer Fracht. Jenes Verschulden wird sich übrigens der Regel nach schon aus dem Bringen der Güter an Bord ohne Wissen des Schiffers ergeben.

[1] Vgl. auch unten §. 136 und ferner §. 142. Das Liegegeld ist ein Zusatz zur Fracht, nicht eine Conventionalstrafe. Makower a. a. O. zu Art. 568 Note 20 unter b.

[2] Derselbe kann die Verfrachtung eines Schiffs im Ganzen (Art. 568) oder eines verhältnißmäßigen Theils oder eines bestimmt bezeichneten Raums des Schiffs (Art. 588) betreffen. Ob es sich bei der vorliegenden Klage auch um Stückgüter handeln könne, läßt Art. 589 zweifelhaft. Indessen ist nicht einzusehen, weshalb die Klage in diesem Falle ausgeschlossen sein sollte. Vgl. auch Art. 605 Abs. 3.

zufälliger Verhinderung der Lieferung (nicht der Uebernahme) jeder Art von Ladung habe länger warten müssen (Art. 574, 575 und 577; vgl. 598, 599 und 601);

2) daß das beanspruchte Liegegeld seiner Höhe nach durch Vertrag bestimmt, eventuell nach den näheren Umständen des Falles, insbesondere den Heuerbeträgen und Unterhaltungskosten der Schiffsbesatzung sowie einem dem Verfrachter entgangenen Frachtverdienst, billig sei (Art. 573);

3) daß die der Berechnung des Liegegeldes zu Grund gelegte Dauer der Lade- und Ueberliegezeit insofern richtig sei, als die Dauer jener Ladezeit durch Vertrag, eventuell die örtlichen Verordnungen des Abladungshafens, ferner eventuell den dortigen Ortsgebrauch festgesetzt, schließlich durch die Angemessenheit der Frist (Art. 569; vgl. auch Art. 596) gerechtfertigt; und die Dauer der Ueberliegezeit, sofern sie nicht zu 14 Tagen berechnet ist, durch Vertrag bestimmt sei (Art. 569)[3];

4) daß und wann in Ermangelung einer vertragsmäßigen Bestimmung über die Dauer der Ladezeit oder den Tag, mit welchem sie enden sollte, in welchem Falle die Ueberliegezeit ohne Weiteres mit dem Ablauf der Ladezeit beginnt, der Kläger dem Beklagten nach Ablauf der Ladezeit erklärt habe, daß sie abgelaufen sei oder innerhalb der Ladezeit, an welchem Tage er sie für abgelaufen halte (Art. 570; vgl. Art. 597)[4];

5) daß Kläger über die Ladezeit hinaus auf die Abladung die berechneten Tage länger habe warten müssen, weil die Abladung nicht rechtzeitig erfolgt sei (Art. 568);

6) daß auch der Verfrachter dem Befrachter spätestens drei Tage vor Ablauf der Ladezeit oder der Ueberliegezeit erklärt habe, nicht länger warten zu wollen, eventuell diese Erklärung nachgeholt sei und seit dem Tage der Abgabe derselben drei Tage verstrichen seien. Im letzteren Fall kann für die somit verlängerte Zeit ein Liegegeld beansprucht werden, wenn solches speciell bedungen ist oder es sich um die Verlängerung einer Ueberliegezeit handelt, oder freilich nur um eine verlängerte Ladezeit, aber für diese nach Tagen zufolge Uebereinkunft Liegegeld gezahlt werden soll.[5]

Wenn das Liegegeld verlangt wird, weil für die Ladezeit eine besondere Vergütung bedungen sei, ist der Grund unter 5 immer und der unter 3, 4 und 6 dann wegfällig, wenn das Liegegeld in einer bestimmten Summe besteht, also nicht nach Tagen berechnet werden soll.

---

[3] Vgl. H. G. B. Art. 574—576 und 598—600.

[4] Schl.-Holst. A. v. 1874, S. 169. Nach der anwendbaren Civilcomputation kann für den Tag der Erklärung nie ein Liegegeld verlangt werden. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 43.

[5] H. G. B. Art. 571.

Wird wegen zufälliger Verhinderung jeder Art von Ladung Liegegeld verlangt, so ist statt der Punkte unter 3—6 insbesondere nur anzugeben, an welchem Tage die Verhinderung stattgefunden habe.

§. 132.

f. Die Klage auf Erstattung der Kosten für die Errichtung einer öffentlichen Urkunde über Erklärungen des Verfrachters bezüglich des Ablaufs der Ladezeit oder der Wartezeit. [1a]

H. G. B. Art. 570—572, 588. S. unten §. 139.

Zur Begründung der Klage ist als Grund insbesondere hervorzuheben, daß Kläger die fraglichen Erklärungen (daß die Ladezeit abgelaufen sei, oder an welchem Tage der Verfrachter die Ladezeit für abgelaufen halte, bezw. er nicht länger warten wolle) habe abgeben müssen, weil die Abladung nicht erfolgt und bezüglich des Ablaufs der Ladezeit zum Beginn einer Ueberliegezeit die Dauer der Ladezeit oder der Tag, mit welchem dieselbe enden solle, durch Vertrag nicht bestimmt sei, während sich bezüglich des durch die Erklärung des Willens, nicht länger zu warten, bedingten Ablaufs der Wartezeit jenes „müssen" von selbst versteht; daß Beklagter sich geweigert habe, den Empfang der Erklärung (eines formlosen Protestes) in genügender Weise zu bescheinigen und daß Kläger demnach eine öffentliche Urkunde (einen förmlichen Protest) darüber habe errichten lassen, dadurch aber die eingeklagten, gesetzlichen oder angemessenen Kosten entstanden seien.

§. 133.

g. Die Klage auf die volle Fracht, das etwaige Liegegeld, Bestellung einer Sicherheit und etwaige durch Unvollständigkeit der Ladung veranlaßte Mehrkosten wegen verlangter Antretung der Reise auch ohne die volle bedungene Ladung. [1b]

H. G. B. Art. 579 und 588. S. unten §. 139.

Als Grund der Klage ist u. A. hervorzuheben, daß Kläger auf Verlangen des Befrachters die Reise ohne die volle bedungene Ladung antreten solle oder habe antreten müssen; daß das Liegegeld (nach den Bemerkungen im §. 131) beansprucht werden könne; daß dem Kläger

---

[1a] Nach dem H. G. B. Art. 589 bezieht sich die Klage nicht auf die Stückgüter. Unter Umständen würde aber eine analoge Ausdehnung zugelassen sein.

[1b] Bei einem Frachtvertrage über Stückgüter ist diese Klage nicht anwendbar. H. G. B. Art. 589.

durch die Unvollständigkeit der Ladung die Sicherheit für die volle Fracht entgehe und daß dadurch (etwa in Folge nothwendiger Einnahme von Ballast oder Belastung mit einem größeren Beitrage zur großen Haverei) die Mehrkosten erwachsen seien oder noch erwachsen würden.[2]

§. 134.

h. Die Klage auf die Hälfte der bedungenen Fracht als Fautfracht wegen Zurücktretung vom Vertrage vor Antritt der Reise.

„Der Befrachter kann vor Antritt der Reise, sei diese eine einfache oder zusammengesetzte, von dem Vertrage unter der Verpflichtung zurückzutreten, die Hälfte der bedungenen Fracht als Fautfracht zu zahlen. Bei Anwendung dieser Bestimmung wird die Reise schon dann als angetreten erachtet:

1) wenn der Befrachter den Schiffer bereits abgefertigt hat;

2) wenn er die Ladung bereits ganz oder zum Theil geliefert hat und die Wartezeit verstrichen ist.“[1]

Bezüglich der einfachen Begründung dieser Klage ist hauptsächlich nur darauf zu achten, daß der Grund richtig angegeben werde. Dieser liegt in dem Frachtvertrage über das Schiff im Ganzen[2] oder dann, wenn sämmtliche Befrachter zurücktreten und keine Ladung liefern, über einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum[3] und in dem Rücktritt des Befrachters von demselben vor Antritt der Reise.

Beklagter kann einwenden, daß die Fälligkeit noch nicht eingetreten sei, etwa die Fracht nach dem Frachtvertrage nicht schon bei der Ablieferung an den Empfänger, sondern erst später hätte entrichtet werden sollen.[4]

§. 135.

i. Die Klage auf Tragung der Kosten der Einladung und Wiederausladung, sowie auf Liegegeld wegen Rücktritts vom Vertrage vor Antritt der Reise und bezw. Ueberschreitung der Ladezeit.

H. G. B. Art. 582 Abs. 1.

Die den Gegenstand der Klage bildenden Kosten der Einladung, der Wiederausladung und das etwaige Liegegeld sind zu specificiren.

---

[2] Pr. S. 3878.

[1] H. G. B. Art. 581. Ein anderweitiger Verdienst mindert die Fautfracht des Art. 581 nie, auch nie die Fautfracht von $^2/_3$, dagegen allerdings die volle Fracht als Fautfracht. H. G. B. Art. 584, 585, 587 und 588 Ziffer 1. S. §. 139.

[2] Vgl. Art. 568—587 in Verbindung mit Art. 588 und 589.

[3] H. G. B. Art. 588 Ziffer 1.

[4] Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 581 Note 42 unter b.

Als Grund der Klage ist hervorzuheben, daß Beklagter vor Antritt der Reise, nachdem Ladung geliefert worden, vom Frachtvertrage über das Schiff im Ganzen oder einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum[1a] zurückgetreten, daß die Kosten der Einladung und der Wiederausladung angemessen seien und daß ungeachtet möglichster Beschleunigung der Wiederausladung die Ladezeit doch um die Zeit überschritten sei, für welche das Liegegeld berechnet worden.

§. 136.

k. Die Klage auf Liegegeld und Schadensersatz wegen Wiederausladung in Folge Rücktritts vor Antritt der Reise und Ueberschreitung der Wartezeit.

H. G. B. Art. 582 Abs. 2.

Wenn in diesem Fall auf Liegegeld geklagt wird, so ist dasselbe seinem Betrage nach genau zu specificiren und als Klagegrund hervorzuheben, daß der Befrachter von dem Frachtvertrage über das Schiff im Ganzen[1b] vor Antritt der Reise nach Lieferung von Ladung zurückgetreten sei, daß durch die mit möglichster Beschleunigung bewirkte Wiederausladung die Wartezeit überschritten und im Uebrigen das Liegegeld, wie näher darzulegen, richtig berechnet sei. Wird auf Ersatz eines höhe-

[1a] Beim Frachtvertrage über einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs kann im Fall des Art. 582 der Befrachter die Wiederausladung nicht verlangen, wenn dieselbe eine Verzögerung der Reise zur Folge haben oder eine Umladung nöthig machen würde, es sei denn, daß alle übrigen Befrachter ihre Genehmigung ertheilten; oder es möchten sämmtliche Befrachter von dem Rechte des Rücktritts Gebrauch machen. Kläger braucht aber bei einer Klage auf Erstattung der Kosten der Einladung und Wiederausladung sowie ein Liegegeld nicht zu behaupten, daß eine jener Voraussetzungen vorgelegen habe. Denn das Verlangen und Erfüllen der Wiederausladung auch ohne solche Voraussetzung hat doch offenbar den Sinn, daß die Parteien gewollt haben, es seien jene Kosten und ein etwaiges Liegegeld zu zahlen. S. §. 139.

[1b] Vgl. H. G. B. Art. 588. Nach demselben kommt beim Frachtvertrage über einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs der Art. 582 Abs. 2 völlig zur Anwendung, wenn sämmtliche Befrachter vom Rechte des Rücktritts Gebrauch machen. Sonst kann, wie in Note 1 des vorigen Paragraphen angegeben ist, ohne Genehmigung aller übrigen Befrachter die Wiederausladung nur verlangt werden, wenn sie ohne Verzögerung der Reise und ohne die Nothwendigkeit einer Umladung möglich wäre. Dann müßte aber unbedingt und unbeschränkt Ersatz des durch die Wiederausladung entstehenden Schadens geleistet werden; mithin auch in dem Falle, wenn die Wartezeit nicht überschritten ist und ferner auch den übrigen Befrachtern als Klägern gegenüber. Vgl. Art. 590. S. §. 139.

ren Schadens geklagt, so ist dieser genau zu specificiren und als Grund der Klage nur noch hervorzuheben, daß der Schaden durch Ueberschreitung der Wartezeit[2] entstanden sei.

§. 137.

1. Die Klage auf Zahlung der vollen Fracht sammt allen Nebengebühren, auf Berichtigung oder Sicherstellung der Beiträge zur großen Haverei, Bergungs- und Hülfskosten und Bodmereigelder, sowie auf Ersatz der durch geforderte Wiederausladung entstandenen Mehrkosten und des Schadens wegen Rücktritts vom Vertrage nach Antritt der Reise.

H. G. B. Art. 583.

Bezüglich der Begründung der Klage ist insbesondere alles dasjenige, was verlangt wird, genau anzugeben und zu specificiren. Es handelt sich dabei um Bezahlung der vollen Fracht nebst allen Nebengebühren sowie des etwaigen Liegegeldes, Erstattung der Zölle und übrigen Auslagen, Erfüllung der dem Empfänger sonst obliegenden Verpflichtungen, Bezahlung oder Sicherstellung der Beiträge zur großen Haverei, Bergungs- und Hülfskosten und Bodmereigelder sowie Ersetzung der Mehrkosten und des Schadens[1] der Wiederausladung und Auslieferung der Güter.

Als Grund der Klage ist hervorzuheben:

im Allgemeinen, daß nach Antritt der Reise im Sinn des Art. 581[2] der Beklagte von dem Vertrage über das Schiff im Ganzen[3] zurück-

---

[2] Ist die Ladezeit überschritten, aber nicht die Ueberliegezeit, also nicht die Wartezeit, so ist ein Anspruch auf Schadensersatz nicht begründet. Dies beruht auf einem allgemeinem Princip des H. G. B. Vgl. unten §§. 146 und 154. Eine Ausnahme enthält Art. 588 Ziffer 2 und 590.

[1] Der Schaden kann auch in einem entgangenen Gewinn bestehen, weil das Gesetz nicht von einem positiven Schaden spricht. Es kommen die allgemeinen Regeln über Leistung des Interesses zur Anwendung. Vgl. oben §. 17 Note 21 und den Text dazu. Der Umstand, daß das H. G. B. in einzelnen Fällen von der Haftung für jeden Schaden spricht (Art. 560, 564), wie auch das Röm. Recht beim interdictum de vi (l. 1 §. 31 D. de vi [43; 16]), berechtigt nicht dazu, dann, wenn blos von Schaden die Rede ist, den entgangenen Gewinn u. s. w. auszuschließen. Die Betonung der Haftung für jeden Schaden im Gesetz würde nur zu einer gewissen Begünstigung des Beschädigten berechtigen.

[2] S. §. 134.

[3] Vgl. H. G. B. Art. 588. In Ansehung des Frachtvertrages über einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs gilt das in der Note 1 des §. 136 Bemerkte auch in Betreff des Art. 583. S. §. 139.

getreten sei und die Wiederausladung der Güter gefordert habe, diesem Verlangen entsprochen worden oder werde entsprochen werden; und im Besonderen, daß die verlangte volle Fracht bedungen oder anderweitig, wie näher darzulegen ist, gerechtfertigt, die Nebengebühren und das Liegegeld, wie genauer hervorgehoben werden muß, begründet, die Zölle ausgelegt, die übrigen Auslagen nothwendig oder nützlich beschafft seien, die Beiträge zur großen Haverei, die Bergungs- und Hülfskosten, und die Bodmereigelder auf den Gütern hafteten, die Mehrkosten[4] durch die geforderte Wiederausladung und der Schaden aus dem durch selbige verursachten Aufenthalt[5] dem Kläger entstanden seien oder entstehen würden.

Ueber mögliche Einreden gegen den Antrag auf die volle Fracht vgl. die Art. 584 und 585 des H. G. B.

§. 138.

III. Die Klage wegen Nichtlieferung von Ladung bis zum Ablauf der Wartezeit und Rücktritts des Verfrachters vom Vertrage in Folge dessen.

H. G. B. Art. 586.

Die Klage ist auf die Hälfte der bedungenen Fracht, bezw. $^2/_3$ der Fracht, oder die volle Fracht als Fautfracht zu richten.[1]

Der anzugebende Grund der Klage besteht darin, daß der Befrachter bis zum Ablauf der Wartezeit keine Ladung geliefert habe und Kläger deshalb von dem Vertrage über das Schiff im Ganzen[2] zurückgetreten sei, sowie bei dem Antrage auf die volle Fracht, daß die Voraussetzung des Art. 585 vorliege; bei dem auf $^2/_3$ der Fracht, daß Art. 584 zutreffe.[3]

---

[4] Es handelt sich um die Kosten, welche durch die Wiederausladung mehr entstanden sind oder entstehen werden, als solches im Fall einer Löschung am Bestimmungsort der Fall gewesen wäre.

[5] Es kommt nur der durch den Aufenthalt, nicht der durch die Nichtgelangung an den Bestimmungsort verursachte Schaden in Betracht. Pr. S. 2449—2453 und 3887.

[1] Vgl. H. G. B. Art. 581 und bezüglich noch weiterer Ansprüche H. G. B. Artikel 587 Abs. 4.

[2] Vgl. H. G. B. Art. 588. Danach kann beim Frachtvertrage über einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs in allen Fällen als Fautfracht die volle Fracht verlangt werden, „es sei denn, daß sämmtliche Befrachter zurücktreten oder keine Ladung liefern.

Von der vollen Fracht kommt jedoch die Fracht für diejenigen Güter in Abzug, welche der Verfrachter an Stelle der nicht gelieferten angenommen hat". S. im Uebrigen §. 139.

[3] Aus dem Artikel 585 ergeben sich verschiedene Einreden.

§. 139.

n. Die Klage auf die volle Fracht und auf Ersatz der durch eine Wiederausladung entstandenen Kosten und Schäden bei Verfrachtung eines Theils oder bestimmten Raums des Schiffs.

H. G. B. Art. 588. Vgl. Art. 590.

S. die vorstehenden §§. 131—138.

Wenn (bei einem Frachtvertrage über das Schiff im Ganzen) eine Klage nur auf einen Theil der Fracht als Fautfracht begründet wäre, so ist der Antrag auf die volle Fracht durch die Behauptung zu rechtfertigen, daß nur ein verhältnißmäßiger Theil oder ein bestimmt bezeichneter Raum des Schiffs verfrachtet sei. Einredeweise kann geltend gemacht werden,

1) daß sämmtliche Befrachter zurückgetreten seien oder keine Ladung geliefert hätten und

2) daß der Verfrachter Güter an Stelle der nicht gelieferten angenommen und dadurch Fracht im näher anzugebenden Betrage erhalten oder zu fordern habe.

Im Fall unter 1 ist der Anspruch auf den in den Art. 568—587, welche von der Verfrachtung des Schiffs im Ganzen handeln, gesetzlich normirten Theil (etwa 1/2) herabzusetzen. Im zweiten Fall ist die anderweitig verdiente Fracht abzuziehen.

Die Begründung der Klage auf die im Art. 588 unter 2 erwähnten zu specificirenden Kosten und Schäden erfordert u. A. die Behauptung, daß die Wiederausladung vom Befrachter verlangt und erfolgt, dadurch aber diese Kosten und Schäden entstanden seien.

§. 140.

o. Die Klage auf die volle Fracht und auf die im Art. 572 bezeichneten Kosten wegen Säumigkeit in Betreff der Abladung von Stückgütern.

H. G. B. Art. 589.

Wird mittels der vorstehenden Klage auf die volle Fracht geklagt, so ist als Grund hervorzuheben, daß der Frachtvertrag über Stückgüter geschlossen, Beklagter vom Schiffer zur Bewirkung der Abladung aufgefordert sei und daher selbige ohne Verzug hätte bewirken müssen, daß ohne die Güter, welche Beklagter hätte abladen lassen sollen, die Reise angetreten und vom Verfrachter sein Wille, den Anspruch auf die Fracht geltend zu machen, dem Befrachter vor der Abreise kundgegeben sei.

Aus der Annahme anderer Güter an Stelle der nicht gelieferten und dem in Folge dessen erzielten Frachtverdienst kann Beklagter eine Einrede ableiten.

Wird auf Berichtigung der im Art. 572 [1] erwähnten Kosten geklagt, so sind diese zu specificiren und ist als Grund der Klage außer dem, was in der Klage auf die Fracht als Grund anzugeben ist, geltend zu machen, daß Beklagter eine Empfangsbescheinigung über die bezeichnete Kundgebung in genügender Weise nicht habe ertheilen wollen, daher die bezügliche öffentliche Urkunde errichtet sei, auch die verlangten Kosten gesetzlich oder angemessen und ausgegeben oder auszugeben seien. Im letzten Falle würde correcter Weise Befreiung des Klägers von der Schuld beantragt werden müssen.[2]

§. 141.

p. Die Klage auf Zustellung aller zur Verschiffung der Güter erforderlichen Papiere s. w. d. a.

„Bei jeder Art von Frachtvertrag hat der Befrachter innerhalb der Zeit, binnen welcher die Güter zu liefern sind, dem Schiffer zugleich alle zur Verschiffung derselben erforderlichen Papiere zuzustellen.“[1]

Falls auf Lieferung der Papiere geklagt wird, so sind diese näher zu bezeichnen.

Als Grund ist anzugeben, daß der Frachtvertrag geschlossen und die Papiere zur Verschiffung der Güter erforderlich seien, sowie daß entweder die Zeit der Lieferung der Güter und somit auch der Papiere bereits verstrichen sei oder daß Kläger ein rechtliches Interesse habe, schon vorher auf alsbaldige gerichtliche Entscheidung zu klagen, z. B. weil Beklagter erklärt, er brauche die Papiere nicht zu liefern.

Wird auf Schadensersatz geklagt, so ist der Schaden zu specificiren und als Grund hervorzuheben, daß der Frachtvertrag geschlossen sei, die Papiere erforderlich, dieselben gar nicht oder nicht rechtzeitig geliefert seien und daß dadurch der Schaden verursacht worden.

§. 142.

q. Die Klage auf Löschungsliegegeld.[1]

H. G. B. Art. 595—606.

Zur Begründung der Klage ist hervorzuheben:

1) Kläger sei als Verfrachter activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter hafte als Befrachter.[2]

---

[1] Vgl. oben §. 132.

[2] Eine Klage auf Zahlung an den Kläger oder auch nur an den dritten Gläubiger wäre nicht richtig. Vgl. Gruchot, Beiträge, XVI. Jahrgang (Berlin 1872), S. 890—894.

[1] H. G. B. Art. 592.

[1] Vgl. oben §. 137 und ferner §. 131.

[2] Vgl. H. G. B. Art. 629.

3) Es werde eine bestimmte, und zwar, wenn die Höhe nicht durch Vertrag festgesetzt ist, dem billigen Ermessen des Richters unterliegende, nöthigenfalls nach Anhörung von Sachverständigen festzusetzende Summe als Liegegeld verlangt. Dabei kann aber der Richter vom Kläger einen bestimmten Vorschlag verlangen. Vgl. oben §. 17 S. 159.

4) Der Grund der Klage bestehe darin:

daß der Frachtvertrag zwischen den Parteien geschlossen;

daß danach das Schiff im Ganzen (Art. 595—603 und 606) oder ein verhältnißmäßiger Theil oder ein bestimmt bezeichneter Raum des Schiffs (Art. 595—603, 604 und 606) verfrachtet sei oder es sich auch nur um Stückgüter handle (Art. 595, 602 und 605);

daß der Schiffer, sobald er zum Löschen fertig und bereit gewesen, dies dem Empfänger angezeigt habe[3], bezw. daß der Schiffer den Empfänger von Stückgütern aufgefordert habe, selbige abzunehmen oder, weil selbiger dem Schiffer unbekannt gewesen, die Anzeige, bezw. die Aufforderung durch öffentliche Bekanntmachung in ortsüblicher Weise geschehen sei;

daß die Güter mit Grund (etwa weil der Empfänger die Fracht u. s. w. nicht habe zahlen wollen) an den zur Abnahme bereiten[4] Empfänger nicht ausgeliefert worden und das Liegegeld, obschon von dem Recht des öffentlichen Verkaufs der Güter in Gemäßheit des Art. 626 Abs. 1 Gebrauch gemacht worden[5], nicht vollständig bezahlt sei; oder die Güter freilich ausgeliefert worden, aber das Liegegeld vom Empfänger wegen Insolvenz oder Abwesenheit[6] nicht zu erlangen sei und Beklagter sich ohne Zahlung mit dem Schaden des Verfrachters bereichern würde[7]; oder die Güter vom nicht ermittelten oder sich nicht zur Abnahme bereit erklärenden oder solche verweigernden Empfänger nicht abgenommen[8] und deshalb, unter Benachrichtigung des Empfängers und Befrachters, in Gemäßheit des Art. 602 niedergelegt seien;

daß ein Liegegeld für die Löschzeit bedungen oder eine Ueberliegezeit oder ein Liegegeld[9] vereinbart sei oder daß der Verfrachter wegen der Verhinderung des Transports jeder Art von Ladung von dem Schiff ans Land eine anzugebende Zahl von Tagen, wenn auch während der Löschzeit, habe warten müssen[10], oder daß durch die Säumniß des Em-

---

[3] E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 132.

[4] H. G. B. Art. 602.

[5] H. G. B. Art. 628.

[6] Vgl. die folg. §§. 143 und 144.

[7] H. G. B. Art. 627.

[8] H. G. B. Art. 602 und 629.

[9] H. G. B. Art. 596 Abs. 3. Vgl. Art. 569 Abs. 3.

[10] H. G. B. Art. 599. Vgl. Art. 575.

pfängers oder durch das freiwillige oder nothwendige Niederlegungsverfahren[11] die Löschzeit ohne Verschulden des Schiffers überschritten sei[12];

daß die Höhe des Liegegeldes durch Vertrag bestimmt, eventuell mit Rücksicht auf die näheren Umstände des Falles, insbesondere auf die Heuerbeträge und Unterhaltungskosten der Schiffsbesatzung, sowie auf den dem Verfrachter entgehenden Frachtverdienst billig sei;

daß, sofern es sich um eine Ueberliegezeit handelt, diese eingetreten sei[13];

daß, sofern auf die Dauer der Lösch- und Ueberliegezeit etwas ankommt, diese eine bestimmt anzugebende Zahl von Tagen gedauert habe und nach Uebereinkunft habe dauern können, wobei im Zweifel die Dauer der Löschzeit durch die örtlichen Verordnungen des Löschungshafens, eventuell den dortigen Ortsgebrauch, schließlich die Angemessenheit bestimmt wird, während die Ueberliegezeit im Zweifel 14 Tage beträgt.[14]

5) Der Antrag geht auf Verurtheilung zur Zahlung des verlangten Liegegeldes.

§. 143.

r. Die Rückgriffsklage wegen Bereicherung ungeachtet geschehener Auslieferung der Güter.

H. G. B. Art. 627.

Die Klagbegründung erfordert in diesem Falle die Angaben, daß

1) der Kläger (der Verfrachter)

2) den Beklagten (den Befrachter)

3) auf die Fracht nebst allen Nebengebühren sowie auf das etwaige Liegegeld[1], die ausgelegten Zölle und übrigen Auslagen und die dem Empfänger sonst obliegenden Verpflichtungen[2], was Alles genau zu specificiren und zu bezeichnen ist,

---

[11] H. G. B. Art. 602. Vgl. Art. 605.

[12] H. G. B. Art. 603. In diesem Fall kann für die überschrittene Zeit, soweit sie keine vertragsmäßige Ueberliegezeit ist, ein erweislich höherer Schaden geltend gemacht werden. Auch bei Stückgütern hat der Verfrachter für die Tage, um welche durch die Säumniß des Empfängers oder durch das Niederlegungsverfahren die Frist, binnen welcher das Schiff würde entlöscht worden sein, überschritten ist, Anspruch auf Liegegeld, unbeschadet des Rechts, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen. H. G. B. Art. 605 Abs. 3.

[13] H. G. B. Art. 596, 597, 598, 600. Vgl. Art. 569, 570, 574, 576.

[14] Daselbst.

[1] Vgl. §. 142.

[2] H. G. B. Art. 615.

4) deshalb belange, obschon der Verfrachter die Güter an den Empfänger ohne Erfüllung seiner Forderungen ausgeliefert habe, weil der Befrachter mit dem Schaden des Verfrachters sich bereichern würde und wegen Insolvenz oder Abwesenheit[3] des Empfängers, d. h. wegen Inexigibilität der Ansprüche gegen den Empfänger, ein Rückgriff gerechtfertigt sei.[4]

§. 144.

s. Die Rückgriffsklage im Fall nicht erfolgter Auslieferung der Güter.

H. G. B. Art. 628.

Es ist zu bemerken:

1) daß Kläger (der Verfrachter)

2) den Beklagten (den Befrachter)

3) auf seine näher darzulegenden Forderungen[1] aus dem Frachtvertrage in Anspruch nehme,

4) weil zwischen den Parteien der Frachtvertrag geschlossen sei, die Güter mit Grund (z. B. Nichtzahlung von Seiten des zur Abnahme bereiten Empfängers) nicht an den Empfänger ausgeliefert seien, Kläger von dem Verkaufsrecht in gesetzlicher Weise Gebrauch gemacht habe[2], aber dadurch nicht auch wegen der eingeklagten Beträge befriedigt, überdies auch der Anspruch gegen den Empfänger inexigibel sei.[3]

§. 145.

t. Die Klage auf Fracht und die übrigen Forderungen wegen Nichtabnahme der Güter von Seiten des Empfängers.

H. G. B. Art. 629.

Zur Begründung der Klage ist im Allgemeinen nur hervorzuheben, daß

1) der Verfrachter

2) den Befrachter

---

[3] Aus den Worten „erholen" und „Rückgriff" des Art. 627 ist zu folgern, daß der Empfänger insolvent oder abwesend sein müsse.

[4] Die Klage gehört zu den Bereicherungsklagen im engeren Sinne. Vgl. oben §. 15 Note 56.

[1] Vgl. §. 143, auch §. 142.

[2] H. G. B. Art. 626.

[3] Dadurch, daß der Empfänger sich zur Annahme bereit erklärt, verpflichtet er sich dem Verfrachter. Da die vorliegende Klage eine Erholungsklage ist, muß auch die Inexigibilität gegen den Empfänger verlangt werden. Vgl. §. 143.

3) auf die Fracht und die übrigen Forderungen belange,

4) weil zwischen ihnen der Frachtvertrag geschlossen sei, daraus s. w. d. a. die erhobenen Ansprüche sich ergäben, die Güter vom Empfänger ungeachtet der Beobachtung des vorschriftsmäßigen Verfahrens[1] nicht abgenommen seien[2] und der Schiffer, unter Benachrichtigung des Empfängers und Befrachters, die Güter gerichtlich oder in anderer sicherer Weise niedergelegt habe[3];

5) demnach um Verurtheilung zur Zahlung der Fracht s. w. d. a. gebeten werde.

§. 146.

u. Die Klage auf Mehrkosten der Abladung und Schadensersatz in Folge Ueberschreitung der Wartezeit wegen Lieferung anderer Güter.

H. G. B. Art. 630 und 643.

1) Kläger ist der Verfrachter.

2) Beklagter ist der Befrachter.

3) Gegenstand der Klage sind die bezeichneten Mehrkosten und der angegebene Schaden, die beide genau zu specificiren sind.

4) Der Grund der Klage besteht darin, daß der Frachtvertrag geschlossen, vor Antritt der Reise durch einen Zufall die im Frachtvertrage nicht speciell bezeichneten Güter verloren gegangen, nachdem dieselben bereits an Bord gebracht oder behufs Einladung in das Schiff an der Ladungsstelle von dem Schiffer übernommen worden, sodann anstatt dieser Güter andere geliefert und dadurch die Abladungsmehrkosten und wegen Ueberschreitung der Wartezeit der Schaden entstanden seien.

Es gehört ferner zur Begründung der Klage die Angabe, daß der Zufall innerhalb der Wartezeit sich zugetragen, daß der Befrachter ohne Verzug sich bereit erklärt, andere zu liefern und daß er mit der Lieferung innerhalb der Wartezeit begonnen habe. Denn dies Alles ist erforderlich, um den Verfrachter als verpflichtet erscheinen zu lassen, die Güter anzunehmen.

Ob der Befrachter zur Tragung der Mehrkosten der Abladung und des angegebenen Schadens auch dann verbunden sei, wenn der Verfrachter, ohne dazu verpflichtet zu sein, anstatt der gelieferten andere nachträglich angenommen hat, kommt auf die Umstände an. Man kann sich

---

[1] H. G. B. Art. 595 und 596.

[2] D. h. daß der Empfänger die Annahme verweigert, oder über dieselbe sich nicht erklärt habe oder nicht zu ermitteln gewesen sei.

[3] H. G. B. Art. 602.

für eine solche Verpflichtung aber nicht auf die Analogie des Art. 630 berufen, weil es an der Gleichheit des Grundes fehlt. Eine ausdrückliche oder aus schlüssigen Handlungen abzuleitende Vereinbarung, der sonstige Inhalt des Frachtvertrages oder auch der Satz, daß, wer die Vortheile habe, auch die Nachtheile tragen müsse, könnten entscheidend sein.

5) Der Antrag entspricht den Bemerkungen zu 3.

§. 147.

v. Klagen auf Distanzfracht.

I. H. G. B. Art. 632 und 633.

In dem aus diesen Artikeln sich ergebenden Fall der Klage

1) des Verfrachters

2) gegen den Befrachter

3) auf die der Höhe nach anzugebende und zu berechnende Distanzfracht ist

4) als Grund hervorzuheben: daß der Frachtvertrag geschlossen; die Güter vom Beklagten abgeladen; die Reise angetreten; das Schiff darauf durch einen Zufall verloren gegangen (Art. 630 Ziffer 1); Güter des Beklagten geborgen oder gerettet und daß die verlangte Distanzfracht dem Verhältniß der zurückgelegten zur ganzen Reise entspreche; auch durch den geretteten Werth der Güter gedeckt werde.

Wenn der Richter die vom Kläger nicht fixirte Höhe bestimmen soll, so würde in Ansehung dieses Gegenstandes der Klage zu bemerken sein, daß bei dessen Bestimmung jenes Verhältniß und jener Werth berücksichtigt werden möchten. Während sonst der Klagegrund derselbe ist, geht dieser letzte Theil des Klagegrundes in eine nähere Bezeichnung des Gegenstandes über. In dem einen Fall verlangt man z. B. 1000 Mark, weil dieser Betrag jenem Verhältniß entspreche. In dem anderen Fall verlangt man eine nach diesem Verhältniß und Werth vom Richter zu bestimmende Summe.[1]

5) Der Antrag ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der Distanzfracht oder des dem geretteten Werth der Güter gleich kommenden Theiles an den Kläger zu richten.

II. H. G. B. Art. 636.

Bei der Klage im vorliegenden Falle müßte insbesondere hervorgehoben werden, daß

---

[1] Vgl. übrigens oben §. 17 unter I zu 1 H a. E. unter c.

1) Kläger (der Verfrachter)

2) vom Beklagten (dem Befrachter)

3) die der Höhe nach angegebene und berechnete Summe als Distanzfracht beanspruche,

4) weil zwischen den Parteien der seinem Inhalte nach näher anzugebende Frachtvertrag geschlossen sei; die Abladung und der Antritt der Reise stattgefunden habe; sodann einer der im Art. 631 erwähnten Zufälle sich ereignet; darauf, und zwar bei einem unter 1 des Art. 631 erwähnten Zufall im Fall der Verfrachtung des Schiffs im Ganzen nach 3 bezw. 5 monatigem Warten[2] auf Beseitigung des Hindernisses[3], sonst sogleich nach Eintritt des Hindernisses[4] der Rücktritt von einem Theile erklärt sowie die Ausladung des Schiffs an dem vereinbarten Orte, eventuell im Hafen, in welchem es sich zur Zeit der Erklärung des Rücktritts befunden, erfolgt sei und die verlangte Summe dem Verhältniß der zurückgelegten zur ganzen Reise und den Bestimmungen der Art. 633 und 636 Abs. 6 entspreche.

Wird ein vom Richter zu ermittelnder Betrag beansprucht, so ist dieser Betrag durch dieses Verhältniß und diese Bestimmungen näher zu bezeichnen.[5]

5) Der Antrag ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der beanspruchten Distanzfracht an den Kläger zu richten.

III. H. G. B. Art. 642.

Vgl. darüber Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 62.

§. 148.

w. Klagen auf volle Fracht, halbe Fracht, Mehrkosten einer Abladung, Schadensersatz oder auf Herausnahme des unfrei gewordenen Theils der Ladung aus dem Schiff auf Grund des Art. 638 des H. G. B.

Bei der Klage

1) des Verfrachters

2) gegen den Befrachter

---

[2] „Jenachdem das Schiff in einem europäischen oder in einem nichteuropäischen Hafen sich befindet." H. G. B. Art. 636 Abs. 2 und Art. 643.

[3] „Die Frist wird, wenn der Schiffer das Hinderniß während des Aufenthalts in einem Hafen erfährt, von dem Tage der erhaltenen Kunde, anderenfalls von dem Tage an berechnet, an welchem der Schiffer, nachdem er davon in Kenntniß gesetzt worden ist, mit dem Schiffe zuerst einen Hafen erreicht." H. G. B. Art. 636 Abs. 3.

[4] H. G. B. Art. 643.

[5] Vgl. oben §. 17 unter I zu 1 H.

3) wegen Zahlung der vollen Fracht auf Art. 638 hin würde

4) als Grund namentlich, abgesehen vom Frachtvertrage, geltend zu machen sein: entweder daß freilich ein Theil der Ladung vor Antritt der Reise durch einen Zufall betroffen, welcher, hätte er die ganze Ladung betroffen, nach den Art. 630 und 631 den Vertrag aufgelöst oder die Parteien zum Rücktritt berechtigt haben würde, aber doch der Befrachter statt der vertragsmäßigen andere Güter abgeladen; oder daß ein solcher Zufall eingetreten, aber der Befrachter weder andere durch deren Beförderung die Lage des Verfrachters nicht erschwerende Güter binnen kürzester Frist abgeladen, noch bei Verfrachtung des Schiffs im Ganzen ohne Verzug erklärt habe, von dem Vertrage zurücktreten zu wollen; oder daß der Zufall erst nach Antritt der Reise sich ereignet habe.

Falls auf die Hälfte der bedungenen Fracht und die sonstigen Forderungen des Verfrachters geklagt wird, müßte als Grund insbesondere hervorgehoben werden, daß der Befrachter des Schiffs im Ganzen wegen des bezeichneten, vor Antritt der Reise bezüglich eines Theils der Ladung eingetretenen Zufalls von dem Vertrage zurückgetreten sei.

Wenn auf die Mehrkosten der Abladung anderer Güter, den in Folge dessen durch Ueberschreitung der Wartezeit dem Verfrachter entstandenen Schaden und die Herausnahme des unfrei gewordenen Theils der Ladung aus dem Schiff geklagt wird, ist als Grund anzugeben, daß durch die Abladung anderer Güter solche Mehrkosten, bezw. durch Ueberschreitung der Wartezeit ein Schaden entstanden und durch Krieg, Ein- und Ausfuhrverbot, oder eine andere Verfügung von hoher Hand der fragliche Theil der Ladung unfrei geworden sei.

Geht der Frachtvertrag nicht auf das Schiff im Ganzen, so kann nach dem H. G. B. Art. 643 von dem Befrachter das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, nicht ausgeübt werden.

§. 149.

x. Klagen auf Fracht und Schadensersatz aus Art. 639 des H. G. B.[1]

In diesem Artikel ist Folgendes bestimmt:

„Abgesehen von den Fällen der Artikel 631. bis 638. hat ein Aufenthalt, welchen die Reise vor oder nach ihrem Antritt durch Naturereignisse oder andere Zufälle erleidet, auf die Rechte und Pflichten der

---

[1] Wenn der Frachtvertrag nicht auf das Schiff im Ganzen geht, steht nach Art. 643 dem Befrachter das Recht der einstweiligen Löschung nur dann zu, wenn die übrigen Befrachter ihre Genehmigung ertheilen.

Parteien keinen Einfluß, es sei denn, daß der erkennbare Zweck des Vertrages durch einen solchen Aufenthalt vereitelt würde. Der Befrachter ist jedoch befugt, während jedes durch einen Zufall entstandenen, voraussichtlich längeren Aufenthalts die bereits in das Schiff geladenen Güter auf seine Gefahr und Kosten gegen Sicherheitsleistung für die rechtzeitige Wiedereinladung auszuladen. In jedem Falle muß er den Schaden ersetzen, welcher aus der von ihm veranlaßten Wiederausladung entsteht.

Gründet sich der Aufenthalt in einer Verfügung von hoher Hand, so ist für die Dauer derselben keine Fracht zu bezahlen, wenn diese zeitweise bedungen war (Artikel 623.)."

Zur Begründung der Klage auf die Fracht würde im Fall der unterlassenen Wiedereinladung u. A. hervorgehoben werden müssen, die Ladung sei freilich nicht befördert, aber nur deshalb nicht, weil der Befrachter die Wiedereinladung unterlassen habe.

Daß bei der Klage auf den angegebenen Schadensersatz hervorzuheben sei, der Schaden sei aus der vom Befrachter veranlaßten Wiederausladung entstanden, ist selbstverständlich.

Ist die eingeklagte Fracht zeitweise bedungen, so ist es Sache des Beklagten, einzuwenden, daß der Aufenthalt in einer Verfügung von hoher Hand[2] sich gründete und er deshalb für die Dauer derselben keine Fracht zu bezahlen habe, mithin einen näher anzugebenden Abzug machen könne.

§. 150.

y. Die Klage auf Löschungs- und Hafenkosten.

H. G. B. Art. 641.[1]

1) Kläger ist der Verfrachter.

2) Beklagter ist der Befrachter.

3) Gerichtet ist die Klage

a) auf die übrigen Löschungskosten mit Ausnahme der Kosten der Ausladung, oder

b) auf die sämmtlichen Kosten der Löschung, oder

c) auf diese und die Hafenkosten.

4) Der Grund der Klage besteht darin, daß

---

[2] „Hierzu gehört auch der Fall eines unverschuldeten Privatarrestes über das Schiff (P. 3987)." Makower a. a. O. zu Art. 639.

[1] Der Art. 641 gilt für jede Art des Frachtvertrages, mag der Vertrag sich auf das Schiff im Ganzen, oder auf einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs oder auf Stückgüter beziehen. H. G. B. Art. 643.

zu a) der Frachtvertrag in Gemäßheit der Art. 630 bis 636 aufgelöst sei; bezw.

zu b) solches geschehen, der Zufall jedoch nur die Ladung betroffen habe oder im Fall des Art. 638 ein Theil der Ladung gelöscht sei; bezw.

zu c) dies der Fall gewesen und behufs der Löschung ein Hafen habe angelaufen werden müssen.

Alle diese Punkte sind in der Klage genau hervorzuheben.

B. Klagen des Verfrachters gegen den Empfänger.

§. 151.

Allgemeine Bemerkungen.

Für Klagen des Verfrachters gegen den Empfänger (sowie auch umgekehrt) ist das Connossement[1] von erheblicher Wichtigkeit.[2] Das Connossement in Ansehung des Frachtgeschäfts zur Beförderung von Gütern zur See und der Ladeschein in Ansehung des sonstigen Frachtgeschäfts sind gleichbedeutend. Unterschiede ergeben sich namentlich aus einer Vergleichung der in Note 2 genannten Artikel mit den Art. 413 bis 419 des H. G. B. Verschieden vom Connossement[3] ist ein vorhergegangener vorläufiger Empfangsschein, auch wohl Ladeschein oder Recepisse oder Receive oder Recief genannt.[4]

Der Verfrachter hat gegen den Ladungsempfänger namentlich folgende Klagen:

a) auf die Kosten der Löschung;

b) auf ein Löschungsliegegeld;

c) auf einen erweislich höheren Schaden, als das Liegegeld;

d) auf die Fracht;

e) auf Nebengebühren, Besichtigungskosten, ausgelegte Zölle und übrige Auslagen, Beiträge zur großen Haverei, Bergungs- und Hülfskosten und Bodmereigelder;

---

[1] Unter Umständen kann nach den Grundsätzen über Stellvertretung auch ein Anderer, als der Schiffer, legitimirt sein, den Rheder oder den Schiffer durch Ausstellung eines Connossements zu obligiren. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 107. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 33.

[2] Vgl. darüber H. G. B. Art. 644—664, und Endemann a. a. O. §. 78 unter III.

[3] Vgl. über das Connossement auch Lewis a. a. O. zu Art. 644—664.

[4] Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 644.

f) auf ausbedungene Kaplaken, Prämien u. d. m. und ausbedungene Lootsengelder, Hafengelder, Leuchtfeuergelder, Schlepplohn, Quarantainegelder, Auseisungskosten u. s. w.;

g) auf Geltendmachung eines Pfandrechts.

§. 152.

a. Die Klage auf die Kosten der Löschung.

H. G. B. Art. 594. Vgl. Art. 562.

Zur Begründung der Klage müßte insbesondere eine genauere Specification der Löschungskosten gegeben und hervorgehoben werden, daß Beklagter hafte, weil er Empfänger sei, auch durch reale oder wörtliche Annahme der Güter sich dem Verfrachter oder dessen Vertreter verpflichtet habe und die Kosten Löschungskosten, mit Ausnahme der Kosten der Ausladung, seien.

§. 153.

b. Die Klage auf ein Löschungsliegegeld.

H. G. B. Art. 595—605.

Es kann im Allgemeinen auf das im §. 142 Bemerkte Bezug genommen werden. An die Stelle des Befrachters tritt der Ladungsempfänger als Beklagter. Die damit in Verbindung stehenden Abweichungen ergeben sich von selbst.

§. 154.

c. Die Klage auf einen erweislich höheren Schaden, als das Liegegeld.

H. G. B. Art. 602—605.

Zur Begründung der vorliegenden Klage ist hervorzuheben:

1) daß Kläger als Verfrachter activ, und

2) Beklagter als Ladungsempfänger[1] passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß der Schaden eine der Höhe nach bestimmt anzugebende, auch genügend zu specificirende Summe betrage, und

[1] Dieser haftet selbstverständlich wiederum nur dann, wenn er sich in irgend einer Weise dem Kläger gegenüber verpflichtet, also die Güter abgenommen oder sich zur Abnahme bereit erklärt hat.

4) daß Beklagter u. A. aus dem Grunde hafte, weil bei einer Verfrachtung des Schiffs im Ganzen oder eines verhältnißmäßigen Theils oder eines bestimmt bezeichneten Raumes [2] durch die Säumniß des Empfängers oder durch das Niederlegungsverfahren [3] die Löschzeit ohne Verschulden des Schiffers überschritten und diese Zeit keine vertragsmäßige Ueberliegezeit sei [4], — bezw. bei Stückgütern durch die Säumniß des Empfängers oder durch das Niederlegungsverfahren die Frist, binnen welcher das Schiff würde entlöscht worden sein, überschritten sei [5]; sowie daß hierdurch der Schaden verursacht worden.

5) Hieran ist dann der gewöhnliche Klagantrag zu knüpfen.

Ist der Schaden bereits ganz oder zum Theil durch ein gezahltes Liegegeld beseitigt, so hat Beklagter dies einredeweise geltend zu machen. [6]

§. 155.

d. Die Klage auf die Fracht.

H. G. B. Art. 615.

Bei der Klage

1) des Verfrachters

2) gegen den Empfänger

3) auf die Fracht würde

4) als Grund der Klage u. A. hervorzuheben sein, daß Beklagter die Güter angenommen, d. h. entweder entgegengenommen oder sich zur Annahme dem Kläger gegenüber unter dessen Acceptation bereit erklärt, aber dessenungeachtet sie verweigert habe, während Kläger zur Auslieferung bereit sei Zug um Zug und daß die Fracht aus dem Connossement oder in Ermangelung eines solchen aus dem Frachtvertrage sich ergebe. [1]

---

[2] H. G. B. Art. 604.

[3] H. G. B. Art. 602.

[4] H. G. B. Art. 603.

[5] H. G. B. Art. 605 Abs. 3.

[6] Die etwaige Ansicht, daß nach den Worten der Art. 603 und 605 „einen erweislich höheren Schaden" Kläger das Liegegeld zur Begründung seiner Klage abziehen müsse, wäre unprocessualisch. Nur zur Abwendung der Folgen einer Zuvielforderung hat er das gezahlte Liegegeld in Abzug zu bringen.

[1] Vgl. auch H. G. B. Art. 620 und 621, sowie Makower a. a. O. zu Art. 615. Ueber die unter Umständen mögliche Einrede der Ueberlassung an Zahlungsstatt, wenn Behältnisse, welche mit flüssigen Waaren angefüllt waren, während der Reise ganz oder zum größeren Theil ausgelaufen sind, s. H. G. B. Art. 617.

§. 156.

e. Die Klage auf Nebengebühren, Besichtigungskosten, ausgelegte Zölle und sonstige Auslagen, Beiträge zur großen Haverei, Bergungs- und Hülfskosten und Bodmereigelder.

H. G. B. Art. 611 und 615.

Bei der Klage auf die vorliegenden Beträge würden namentlich diese ihrer Höhe nach genau anzugeben, auch den Umständen nach zu specificiren sein.

Als Grund müßte u. A. hervorgehoben werden, daß Beklagter die Güter abgenommen oder sich zur Abnahme bereit erklärt, sie dann aber doch verweigert habe, während Kläger zur Auslieferung bereit sei; ferner daß die fraglichen Beträge nach Maßgabe des Connossements oder eventuell des Frachtvertrages oder aus anderen Gründen Nebengebühren seien, bezw. daß Beklagter die Besichtigung beantragt habe oder die Zölle für Güter verlegt seien, oder daß die Auslagen im Interesse der Güter nothwendig oder nützlich gewesen oder daß eine große Haverei stattgefunden, Bergungs- und Hülfskosten auch im Interesse der Güter nothwendig oder nützlich verausgabt oder noch zu verausgaben seien und Bodmereigelder hätten aufgenommen werden müssen und daß nach einer darzulegenden näheren Berechnung auf die Güter des Beklagten der eingeklagte Betrag falle.

§. 157.

f. Die Klage auf Kaplaken u. s. w.

„Außer der Fracht können Kaplaken, Prämien und dergleichen nicht gefordert werden, sofern sie nicht ausbedungen sind.

Die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Unkosten der Schiffahrt, als Lootsengeld, Hafengeld, Leuchtfeuergeld, Schlepplohn, Quarantainegelder, Auseisungskosten und dergleichen, fallen in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede dem Verfrachter allein zur Last, selbst wenn derselbe zu den Maaßregeln, welche die Auslagen verursacht haben, auf Grund des Frachtvertrages nicht verpflichtet war.

Die Fälle der großen Haverei, sowie die Fälle der Aufwendung von Kosten zur Erhaltung, Bergung und Rettung der Ladung werden durch diesen Artikel nicht berührt.“[1]

---

[1] H. G. B. Art. 622.

Zur Begründung der vorstehenden Klage ist insbesondere auf eine ausreichende Specification des Gegenstandes und die Hervorhebung einer Vereinbarung über die Leistung des Gegenstandes zu achten.

§. 158.

g. Die Pfandklage.

„Der Verfrachter hat wegen der im Artikel 615.“ des H. G. B. „erwähnten Forderungen ein Pfandrecht an den Gütern.

Das Pfandrecht besteht, so lange die Güter zurückbehalten oder deponirt sind; es dauert auch nach der Ablieferung noch fort, sofern es binnen dreißig Tagen nach Beendigung derselben gerichtlich geltend gemacht wird; es erlischt jedoch, sobald vor der gerichtlichen Geltendmachung die Güter in den Gewahrsam eines Dritten gelangen, welcher sie nicht für den Empfänger besitzt.“ [1]

Zur Begründung der actio hypothecaria aus dem bezeichneten Pfandrecht von Seiten des Verfrachters gegen den Empfänger [2] auf Rücklieferung der abgelieferten Güter ist namentlich auch hervorzuheben, daß die Forderungen des Verfrachters noch nicht erfüllt und daß nach Beendigung der Ablieferung bis zur gerichtlichen Geltendmachung [3] noch nicht dreißig Tage abgelaufen seien.

---

2. Klagen gegen den Verfrachter.

A. Von Seiten des Befrachters.

§. 159.

Allgemeine Uebersicht.

Der Befrachter kann gegen den Verfrachter insbesondere klagen:

a) Auf Errichtung einer Charteparte, sofern es sich nicht nur um Stückgüter handelt.

---

[1] H. G. B. Art. 624. Vgl. den statt der 30 Tage nur 3 Tage gewährenden Art. 409, ferner 625 und 626, sowie oben §. 122 unter b.

[2] Ein dritter Detentor kann auch belangt werden, sofern er für den Empfänger besitzt; desgl. der Befrachter nebst seinem Detentor, wenn die Güter an ihn zurückgeliefert sind. H. G. B. Art. 629. Ein sonstiger Dritter hat nach Art. 624 die Einrede der Erlöschung des Pfandrechts.

[3] Es wird dabei nicht auf den Tag der Einreichung der Klage beim Gericht, sondern der Zustellung an den Beklagten ankommen. C. P. O. §. 239.

b) Auf Entladung der in die Kajüte verladenen Güter, eventuell Schadensersatz.

c) Auf Lieferung des Schiffs in seetüchtigem Zustande, eventuell Schadensersatz.

d) Auf Hinlegung des Schiffs zur Einnahme der Ladung an den vom Befrachter angewiesenen Platz oder an den ortsüblichen Ladungsplatz, eventuell Schadensersatz.

e) Auf Tragung der Kosten der Einladung.

f) Auf Annahme anderer Güter statt der vertragsmäßigen, eventuell Schadensersatz.

g) Auf Schadensersatz wegen Verladung der Güter ohne Erlaubniß des Befrachters in ein anderes Schiff oder auf das Verdeck oder wegen Hängens an die Seiten des Schiffs.

h) Auf Ersatz des Schadens, welcher durch Verlust oder Beschädigung der Güter seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist.

i) Auf Erstattung der Kosten einer Besichtigung, wenn diese von dem Verfrachter beantragt oder ein Verlust oder eine Beschädigung, wofür der Verfrachter Ersatz leisten muß, ermittelt ist.

k) Auf Auslieferung der Güter gegen Zahlung der Fracht und gegen Erfüllung der übrigen Verpflichtungen des Empfängers; oder im Falle eines Streits über die Forderungen des Verfrachters, sobald die streitige Summe deponirt ist.

l) Auf Erstattung der vorausbezahlten Fracht für Güter, welche durch Unfall verloren gegangen sind.

Bezüglich der Klagen unter g—k ist allgemein zu bemerken, daß der Regel nach der Befrachter nur ausnahmsweise, dagegen der Empfänger zunächst activ zur Sache legitimirt sein wird.[1]

Ferner ist bei allen Klagen gegen den Verfrachter zu beachten, daß auch der Schiffer in folgenden Fällen belangt werden kann:

1) wenn das Schiff sich außerhalb des Heimathshafens befindet und es sich um Geschäfte oder Rechtshandlungen für den Rheder handelt, welche die Ausrüstung, Bemannung, Verproviantirung, und Erhaltung des Schiffs, sowie überhaupt die Ausführung der Reise mit sich bringen[2];

2) wenn ein Schiffsgläubiger sein Pfandrecht verfolgt, mag auch das Schiff im Heimathshafen liegen[3];

---

[1] Vgl. H. G. B. Art. 629.

[2] Dies folgt aus dem Art. 496 des H. G. B. und der Natur der Sache.

[3] H. G. B. Art. 764.

3) wenn es sich um Dienstobliegenheiten des Schiffers handelt, z. B. Hinlegen des Schiffs zur Einnahme der Ladung[4];

4) wenn der Schiffer in Ansehung der ihm nach dem Seerecht auferlegten Pflichten durch sein Verschulden einen Schaden veranlaßt hat.[5]

Im Falle zu 1 ist der Schiffer zum Proceß, in den Fällen zu 2—4 zur Sache passiv legitimirt. Beim Falle unter 2 ist in Gemäßheit der C. P. O. §. 73 eine laudatio auctoris für statthaft zu erachten.

§. 160.

a. Die Klage auf Errichtung einer Charteпartie.

Da nach dem H. G. B. Art. 558, wenn das Schiff im Ganzen oder zu einem verhältnißmäßigen Theil oder wenn ein bestimmt bezeichneter Raum des Schiffs verfrachtet ist, jede Partei verlangen kann, daß über den Vertrag eine schriftliche Urkunde (Chartepartie) errichtet werde, so kann auch der Befrachter gegen den Verfrachter auf Errichtung einer solchen klagen. Es gilt von dieser Klage dasselbe, was im §. 127 bei den Klagen des Verfrachters zu A a bemerkt worden ist.

§. 161.

b. Die Klage auf Entladung der Kajüte.

„In der Verfrachtung eines ganzen Schiffs ist die Kajüte nicht einbegriffen; es dürfen jedoch in dieselbe ohne Einwilligung des Befrachters keine Güter verladen werden.“[1]

Die Klage des Befrachters gegen den Verfrachter würde zunächst auf Fortschaffung der in die Kajüte verladenen Güter zu richten sein; für den Fall aber, daß dies nicht mehr möglich sein sollte, z. B. wenn erst nach dem Fortgange des Schiffs die Verladung in die Kajüte ermittelt ist, auf Schadensersatz.[2]

---

[4] Vgl. z. B. H. G. B. Art. 561.

[5] H. G. B. Art. 478. Vgl. Art. 504—506, 634 und 636.

[1] H. G. B. Art. 559.

[2] Der Schaden kann so berechnet werden, als ob der Befrachter die Kajüte in gleicher Weise, wie der Verfrachter es gethan hat, hätte zur Verladung ausnutzen können. Durch die Verladung in die Kajüte ist die Befreiung derselben beseitigt. Dann war aber der Befrachter beim Frachtvertrage über das ganze Schiff der Ladungsberechtigte. Mithin muß er auch zu der angegebenen Art der Schadensberechnung befugt sein.

Der hervorzuhebende Grund der Klage besteht darin, daß zwischen den Parteien ein Frachtvertrag über das ganze Schiff geschlossen und Güter in die Kajüte verladen seien; bezw. dadurch auch der Schaden verursacht worden und Beklagter die Verladung in die Kajüte angeordnet habe oder sich sonst in Verschulden befinde oder die Nichtverladung in selbige besonders gewährleistet habe.[3]

Beklagter kann einwenden, daß die Verladung in die Kajüte mit Einwilligung des Befrachters geschehen sei.

§. 162.

c. Die Klage auf Lieferung des Schiffs in seetüchtigem Zustande.

„Bei jeder Art von Frachtvertrag (Artikel 557.) hat der Verfrachter das Schiff in seetüchtigem Stande zu liefern.

Er haftet dem Befrachter für jeden Schaden, welcher aus dem mangelhaften Zustande des Schiffs entsteht, es sei denn, daß die Mängel aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdecken waren.“[1]

Es ist bei dieser Klage

1) des Befrachters

2) gegen den Verfrachter

3) auf Lieferung des Schiffs in seetüchtigem Zustande oder auf Erstattung eines jeden, genügend zu specificirenden Schadens

4) als Grund hervorzuheben, daß zwischen den Parteien irgend ein Frachtvertrag (z. B. auch nur auf einzelne Güter) geschlossen, daß der Beklagte das Schiff nicht in seetüchtigem Stande geliefert habe[2], bezw. dies auch nicht mehr rechtzeitig geschehen könne und daß aus der Nichtlieferung oder dem mangelhaften Zustande des Schiffs der eingeklagte Schaden entstanden sei.

---

[3] Hat der Schiffer eigenmächtig gehandelt, so tritt ohne besondere Gewährleistung und ein Verschulden des Rheders eine Haftung desselben nur mit Schiff und Fracht ein. H. G. B. Art. 452 und 479.

[1] H. G. B. Art. 560.

[2] Mag er es gar nicht oder in seeuntüchtigem Stande geliefert haben. — In Ansehung der Seetüchtigkeit trifft den Verfrachter die Beweislast, sofern nicht der Befrachter durch Beladung jene stillschweigends anerkannt hat. Dann müßte der Befrachter demnächst die Seeuntüchtigkeit beweisen. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 5. Auch einen entschuldbaren Irrthum nach Analogie der condictio indebiti? Oder einen Irrthum nach Analogie des gerichtlichen Geständnisses — C. P. O. §. 263 —? Ich glaube nicht, da beide Analogieen nicht zutreffend sind. Jedoch würde der Verfrachter wohl einwenden können, daß der Befrachter die Seeuntüchtigkeit von Vorne herein gekannt habe.

Ein Verschulden ist nicht zu behaupten; vielmehr muß Beklagter sich jedenfalls exculpiren, und zwar in Ansehung der Mängel angeben, daß aller Sorgfalt ungeachtet die Mängel nicht zu entdecken waren.[3]

5) Anzutragen ist auf Lieferung des Schiffs in seetüchtigem Zustande, bezw. auf Ersatz des Schadens.

§. 163.

d. Die Klage auf Hinlegung des Schiffs zur Einnahme der Ladung.

H. G. B. Art. 561. Vgl. Art. 593.

Die vorliegende Klage

1) des Befrachters

2) gegen den Verfrachter[1] ist

3) darauf zu richten, daß dieser es veranlasse, daß der Schiffer zur Einnahme der Ladung das Schiff an den vom Befrachter ihm angewiesenen Platz oder (nach Wahl des Klägers) an den ortsüblichen Ladungsplatz hinlege.

4) Als Grund der Klage ist u. A. der Frachtvertrag anzugeben und, wenn es sich um einen angewiesenen Platz handelt, daß dieser vom Befrachter oder im Falle einer Mehrheit von Befrachtern von sämmtlichen Befrachtern dem Schiffer angewiesen sei.

5) Der Antrag geht dahin, Beklagten zu verurtheilen, es zu veranlassen, daß das Schiff an den angewiesenen, bezw. den ortsüblichen Ladungsplatz hingelegt werde.

---

[3] Unter dieser Einschränkung liegt in dem Frachtvertrage stillschweigends die Zusage des Verfrachters, er werde das Schiff in seetüchtigem Stande liefern. Waren die Mängel oder die sie veranlassenden Ursachen zur Zeit der Lieferung noch gar nicht vorhanden, so konnten sie auch nicht entdeckt werden. Waren die Mängel vorhanden, so wird die Exculpation nicht leicht zu beschaffen sein. Waren blos die Ursachen schon vorhanden, so wird eine Entschuldigung leichter gelingen. — Der Ausdruck „aller Sorgfalt ungeachtet" läßt darauf schließen, daß der Nachweis eines gewöhnlichen Casus nicht genügt; es muß der stärkere Grad des Casus, eine vis major u. d. m., bewiesen werden. Vgl. oben §. 109 Note 19.

[1] Es könnte auch gegen den Schiffer geklagt werden, weil es sich um eine Dienstobliegenheit desselben handelt. Vgl. H. G. B. Art. 478 und 479, sowie oben §. 159. Die passive Legitimation des Verfrachters läßt sich mit Grund nicht bestreiten. Denn er ist als Contrahent doch der eigentlich Verpflichtete. Er kann, wenn der Schiffer seine Dienstobliegenheit gar nicht oder unvollständig oder mangelhaft erfüllt, vom Kläger als Schiffsgläubiger wegen Haftung mit Schiff und Fracht in Anspruch genommen werden — H. G. B. Art. 757 Ziffer 9 — und im Fall eigenen Verschuldens oder besonderer Gewährleistung auch persönlich. Mit Rücksicht hierauf erscheint die Klage gegen ihn ja nur als ein ihm günstiges Mittel, größere Nachtheile von sich abzuwenden.

Beklagter kann excipiren, daß die Anweisung nicht rechtzeitig erfolgt sei oder die Wassertiefe, die Sicherheit des Schiffs oder die örtlichen Verordnungen oder Einrichtungen die Befolgung der Anweisung nicht gestatteten.

Ist durch ein Zuwiderhandeln gegen die Vorschriften des Art. 561 dem Befrachter ein Schaden entstanden, so kann dieser, unter hinlänglicher Specification desselben und Angabe des Causalnexus, eingeklagt werden. Es haftet aber der Verfrachter für diesen Schaden nur mit Schiff und Fracht, er möchte denn selbst im Verschulden sich befunden oder Gewähr geleistet haben.[2]

§. 164.

c. Die Klage auf Tragung der Einladungskosten.

H. G. B. Art. 562. Vgl. Art. 594.

Die Klage

1) des Befrachters

2) gegen den Verfrachter

3) auf Erstattung der Kosten der Einladung der Güter in das Schiff würde

4) namentlich durch die Behauptung zu begründen sein, daß es sich um Kosten der Einladung handle und daß Kläger nothwendig in Folge der locatio conductio oder im Auftrage oder als Gestor des Beklagten sie verlegt habe oder daß Kläger als Cessionar klage oder daß Beklagter sich sonst zum Schaden des Klägers grundlos bereichern würde.[1]

5) Der Antrag ergibt sich von selbst.

Sind die Kosten noch nicht bezahlt, so könnte der Befrachter, wenn er deshalb haftet, auf Befreiung von dieser Haftung[2] klagen.

Im Fall eines rechtlichen Interesses an einer alsbaldigen richterlichen Entscheidung würde auch blos auf Anerkennung der Verpflichtung zur Tragung der Kosten geklagt werden können.

---

[2] H. G. B. Art. 452. Bezüglich der Haftung mit Schiff und Fracht, im Gegensatz gegen die der Regel nach (Art. 452 und 454) eintretende persönliche Haftung, ist nach dem H. G. B. nicht das Abandonsystem, sondern das der beschränkten Haftung das geltende. Nach jenem haftet der Rheder mit seinem ganzen Vermögen, kann sich aber durch Auslieferung des Seevermögens befreien; nach letzterem haftet er nur mit dem Seevermögen, kann sich aber durch Zahlung der Forderung des Gläubigers befreien. Dem entsprechend ist in diesem Buch stets bei den bezüglichen Klagen der Gegenstand und der Antrag formulirt.

[1] Vgl. oben §. 128 unter II.

[2] Vgl. oben §. 140 Note 2.

§. 165.

f. Die Klage auf Annahme anderer Güter, als der vertragsmäßigen.

H. G. B. Art. 563.

Zur Begründung der Klage
1) des Befrachters
2) gegen den Verfrachter
3) auf Annahme anderer Güter statt der vertragsmäßigen müßte
4) insbesondere hervorgehoben werden, daß zwischen den Parteien der Frachtvertrag geschlossen sei[1], daß es sich danach nicht um speciell bezeichnete Güter handle, daß Kläger dem Beklagten statt der vertragsmäßigen Güter andere zur Verschiffung nach demselben Bestimmungshafen anbiete[2] und daß dadurch seine Lage nicht erschwert werde.
5) Anzutragen ist auf Verurtheilung zur Annahme anderer Güter.

§. 166.

g. Die Klage auf Schadensersatz wegen unstatthafter Verladungsart.

„Der Verfrachter ist nicht befugt, ohne Erlaubniß des Befrachters die Güter in ein anderes Schiff zu verladen. Handelt er dieser Bestimmung zuwider, so ist er für jeden Schaden verantwortlich, in Ansehung dessen er nicht beweist, daß derselbe auch dann entstanden und dem Befrachter zur Last gefallen sein würde, wenn die Güter nicht in ein anderes Schiff verladen worden wären.

Auf Umladungen in ein anderes Schiff, welche in Fällen der Noth nach Antritt der Reise erfolgen, findet diese Bestimmung keine Anwendung."[1]

Zur Begründung der Klage ist insbesondere nur hervorzuheben der zu specificirende Betrag des Schadens und als Grund, daß zwischen

---

[1] Es kann sich auch um Stückgüter handeln. Pr. S. 2231.

[2] Eine vorhergegangene außergerichtliche Oblation und deren Ablehnung braucht nicht behauptet zu werden. Ist Beklagter gar nicht vorher aufgefordert, andere Güter anzunehmen oder hat er die Annahme nicht verweigert, so müßte er doch schuldig erkannt werden; aber unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, wenn jener den Anspruch sofort anerkennt; es möchte denn Kläger anderweitig nachweisen können, daß Beklagter durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben und demnach die Kosten zu tragen habe. C. P. O. §. 89.

[1] H. G. B. Art. 566.

Vgl. auch l. 13 §. 1 D. loc. cond. (19; 2) und l. 10 §. 1 D. de lege Rhod. de jactu (14; 2).

den Parteien der Frachtvertrag geschlossen sei, Beklagter aber die Güter in ein anderes Schiff, als das im Frachtvertrage bezeichnete, verladen habe.[2]

Beklagter kann einwenden:

1) daß letzteres mit Erlaubniß des Klägers (des Befrachters, nicht des Abladers) geschehen sei[3];

2) daß der Schaden auch dann entstanden und dem Befrachter zur Last gefallen sein würde, wenn die Güter nicht in ein anderes Schiff verladen worden wären[4];

3) daß eine Umladung im Falle einer Noth nach Antritt der Reise vorliege.

„Ohne Genehmigung des Abladers dürfen dessen Güter weder auf das Verdeck verladen noch an die Seiten des Schiffs gehängt werden.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, daß in Ansehung der Küstenschiffahrt die Vorschrift, soweit sie auf die Beladung des Verdecks sich bezieht, keine Anwendung finde."[5]

Auch in diesem Falle wird der Verfrachter für jeden Schaden verantwortlich sein. Von der Begründung der Klage gilt dasselbe, was soeben bezüglich der Verladung in ein anderes Schiff gesagt ist.

Die bezeichneten drei Einreden werden in entsprechender Weise auch hier anwendbar sein. Dazu kommen noch, daß der Ablader die Verladung auf das Verdeck oder das Hängen an die Seiten des Schiffs genehmigt habe oder daß es sich um eine Küstenschiffahrt handle, in Betreff welcher nach dem anwendbaren Landesgesetz von jüngerem Alter, als das H. G. B., die geschehene Beladung des Verdecks statthaft sei.

§. 167.

h. Die Klage auf Schadensersatz wegen Verlustes oder Beschädigung der Güter.

H. G. B. Art. 607—614.[1] Vgl. auch Art. 395 und 396.

Bei der Begründung der Klage[2] ist namentlich auf den Gegenstand und den Grund zu achten.

---

[2] Wenn nicht der Beklagte, sondern der Schiffer die Verladung vorgenommen hat, so haftet jener im Fall eines eigenen Verschuldens oder einer besonderen Gewährleistung persönlich; dagegen sonst nur mit Schiff und Fracht.

[3] Pr. S. 2075.

[4] Also Kläger hat den Causalnexus zwischen der Verladung in ein anderes Schiff und dem Schaden nicht zu behaupten und zu beweisen.

[5] H. G. B. Art. 567.

[1] Ueber das Verhältniß der Röm. actio de recepto gegen nautae zu der Klage aus Art. 607—614 vgl. unten die §§. 187 und 310. Im Allgemeinen mag

Die Klage ist, wenn es sich um den Verlust der Güter handelt, auf den Werth (also nicht das Interesse[3]), bezw. den Reinerlös, unter Abzug des an Fracht, Zöllen und Unkosten Ersparten[4]; wenn es sich um Beschädigung handelt, auf die Werthsverminderung, nach Abzug der in Folge der Beschädigung ersparten Zölle und Unkosten[5], zu richten.

Der Grund der Klage besteht darin, daß der Frachtvertrag zwischen den Parteien geschlossen; daß der Schaden durch Verlust oder Beschädigung der Güter seit der Empfangnahme entstanden[6]; daß bei Kostbarkeiten, Geldern und Werthpapieren diese Beschaffenheit oder der Werth der Güter bei der Abladung dem Schiffer angegeben sei[7]; daß der verlangte Verlustwerth dem Marktpreis[8] entspreche, welchen Güter derselben Art und Beschaffenheit am Bestimmungsorte[9] der verlorenen Güter bei Beginn der Löschung des Schiffs oder, wenn eine Entlöschung des Schiffs an diesem Ort nicht erfolgt, bei seiner Ankunft daselbst haben, eventuell (d. i. in Ermangelung eines Marktpreises oder falls über denselben oder über dessen Anwendung, insbesondere mit Rücksicht auf die Qualität der Güter, Zweifel bestehen) daß der verlangte Werth durch Sachverständige

---

hier nur darauf hingewiesen werden, daß die Grundsätze des Röm. Rechts über die actio de recepto in Ansehung des Frachtgeschäfts zur Beförderung von Gütern zur See durch die an die Stelle tretenden Art. 607—614 beseitigt sind. In Betreff der ohne Wissen des Schiffers an Bord gebrachten Güter halte ich freilich den Art. 607 nicht für anwendbar, wenn sie auch an Bord behalten sind und dafür Fracht zu zahlen ist (Art. 565), weil keine Empfangnahme vorliegt. Ich muß aber auch die actio de recepto wegen Mangels einer Reception ausschließen.

[2] In Ansehung der Activlegitimation des Befrachters vgl. H. G. B. Art. 629.

[3] Dieses kann nur im Fall eines Verschuldens (Dolus, culpa lata oder culpa levis) oder einer besonderen Zusage verlangt werden. Bei einem bloßen Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung würde der Rheder aber nur mit Schiff und Fracht haften. H. G. B. Art. 452. Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 18; ferner H. G. B. Art. 654, 396, und Makower a. a. O. zu Art. 612 Note 86.

[4] H. G. B. Art. 612 und 613.

[5] H. G. B. Art. 614.

[6] H. G. B. Art. 607. Der Schaden muß freilich auch bis zur Ablieferung entstanden sein. Es ist aber Sache des Verfrachters, einzuwenden, daß er erst nach der Ablieferung entstanden oder auch, daß die Uebernahme unbeanstandet erfolgt sei. Vgl. unten den Text zu Note 17 und 18 sowie oben §. 123 Note 2.

[7] H. G. B. Art. 608. Der nothwendigen Angabe steht die sonst erlangte Kunde nicht gleich. Pr. S. 2299. Makower a. a. O. zu Art. 608 Note 79c.

[8] Im Falle der Verfügung über die Güter durch Verkauf zunächst dem erzielten höheren Reinerlös.

H. G. B. Art. 613 Abs. 2.

[9] Eventuell (wenn der Bestimmungsort der Güter nicht erreicht wird) am Orte, wo die Reise endet, oder, wenn die Reise durch Verlust des Schiffs endet, am Orte, wohin die Ladung in Sicherheit gebracht ist. H. G. B. Art. 612 Abs. 4.

bestätigt werden könnte[10], bezw. daß die beanspruchte Werthverminderung dem Unterschiede zwischen dem durch Sachverständige zu ermittelnden Verkaufswerth, welchen die Güter im beschädigten Zustande haben, und dem bezeichneten Preise entspreche[11]; und daß in Folge des Verlustes, bezw. der Beschädigung nur das in Abzug Gebrachte an Fracht, Zöllen und Unkosten, bezw. an Zöllen und Unkosten, erspart sei.[12]

Beklagter kann einwenden:

daß kein Verlust und keine Beschädigung vorliege, vielmehr das Gut sich in derselben Beschaffenheit befinde, in der es ihm übergeben sei (wobei Kläger die Beschaffenheit zur Zeit der Empfangnahme Seitens des Verfrachters, Beklagter bei der Ablieferung die gleiche jetzige zu beweisen hätte);

daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major)[13] oder durch die natürliche Beschaffenheit der Güter, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage und dergleichen oder durch äußerlich nicht erkennbare[14] Mängel der Verpackung entstanden sei[15];

daß der mangelhafte Zustand des Schiffs, woraus Verlust und Beschädigung entstanden, aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdecken gewesen sei[16];

daß die Uebernahme unbeanstandet erfolgt sei;

[10] H. G. B. Art. 612.

[11] H. G. B. Art. 614.

[12] H. G. B. Art. 612 und 614.

[13] Der Nachweis eines gewöhnlichen Casus genügt nicht; noch weniger der mangelnder Culpa. Vgl. oben §. 109 Note 19. — Der Verfrachter haftet bei der vorliegenden Klage, wenn er nicht im Verschulden sich befindet oder besonders die Gewähr übernommen hat, der Regel entsprechend blos mit Schiff und Fracht. Man könnte meinen, da ihm auch ein gewöhnlicher Casus zur Last falle, könne von der Anwendbarkeit des Art. 452 Ziffer 1—3 nicht die Rede sein. Die Art. 607—614 enthielten auch keine Andeutung über eine auf Schiff und Fracht beschränkte Haftung. Es handle sich nicht um die ungehörige, zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehörende Erfüllung eines Vertrages, sondern um eine gesetzliche Haftung, wenn auch in Veranlassung eines Vertrages. S. indessen Makower, welcher a. a. O. zu Art. 607 in Note 75 sagt: „Ist der Verfrachter zugleich der Rheder, so bestimmt sich der Umfang seiner Haftung nach Art. 452 Ziffer 2 und Abs. 2 (P. 3904—3906).“ Es handelt sich allerdings um die ungehörige, zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehörende Erfüllung eines Vertrages.

[14] Waren sie äußerlich erkennbar, so nützt dem Beklagten der Satz: „Damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur“ dem Kläger gegenüber nichts. Vgl. Art. 395 und 424 Ziffer 2.

[15] H. G. B. Art. 607.

[16] Daselbst.

daß eine Besichtigung weder vor der Uebernahme geschehen noch binnen 48 Stunden nach dem Tage der Uebernahme vom Empfänger erwirkt sei.[17]

Gegen die Einrede, daß die Uebernahme unbeanstandet erfolgt sei, kann replicirt werden, daß Verlust oder Beschädigung schon bei der Uebernahme vorhanden gewesen. Dagegen ist möglich die Replik, daß eine Besichtigung weder vor der Uebernahme noch binnen 48 Stunden nach dem Tage der Uebernahme vom Empfänger erwirkt und hiergegen wiederum die Duplik, daß Verlust oder Beschädigung durch eine bösliche Handlungsweise einer Person der Schiffsbesatzung entstanden sei.

Ebenso ist gegen die Einrede wegen mangelnder rechtzeitiger Besichtigung die Replik statthaft, daß Verlust oder Beschädigung vor der Uebernahme eingetreten und durch eine bösliche Handlungsweise einer Person der Schiffsbesatzung entstanden sei.[18]

Dagegen ist die Replik, daß Verlust und Beschädigung äußerlich nicht erkennbar war, ausgeschlossen.[19]

Eine Einrede kann auch noch aus dem Art. 659 des H. G. B. abgeleitet werden. Dieser Artikel bestimmt: „Ist das Konnossement mit dem Zusatz: «frei vom Bruch» oder: «frei von Leckage» oder: «frei von Beschädigung» oder mit einem gleichbedeutenden Zusatze versehen, so haftet der Verfrachter bis zum Beweise des Verschuldens des Schiffers oder einer Person, für welche der Verfrachter verantwortlich ist, nicht für Bruch oder Leckage oder Beschädigung.“ Gegen die bezügliche Einrede wäre dann die Replik des Verschuldens möglich. Es würde dann selbstverständlich nur Haftung mit Schiff und Fracht eintreten.

§. 168.

i. Die Klage auf Tragung von Besichtigungskosten.

H. G. B. Art. 609—611.

Zur Begründung der Klage:

1) des Befrachters

2) gegen den Verfrachter

3) auf Tragung der ihrer Höhe nach anzugebenden und zu specificirenden Besichtigungskosten ist

---

[17] H. G. B. Art. 610.

[18] H. G. B. Art. 610 Abs. 2. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 610 Note 83 a. Wenn nur rücksichtlich eines Theils des Gutes eine bösliche Handlungsweise nachgewiesen ist, tritt wegen des übrigen Theils deshalb noch nicht eine Haftung ein. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 96.

[19] H. G. B. Art. 610 Abs. 1.

4) als Grund hervorzuheben: daß zwischen den Parteien der Frachtvertrag geschlossen sei; daß eine Besichtigung, um den Zustand oder die Menge der Güter festzustellen, durch die zuständige Behörde oder die zu dem Zwecke amtlich bestellten Sachverständigen, unter Zuziehung der Gegenpartei oder Nichtzuziehung wegen Abwesenheit vom Orte oder weil die Umstände solche nicht gestattet hätten, stattgefunden, und zwar vor Uebernahme der Güter durch den Empfänger oder binnen 48 Stunden[1] nach dem Tage der Uebernahme oder auch später im Fall einer böslichen Handlungsweise einer Person der Schiffsbesatzung als Ursache eines Verlustes oder einer Beschädigung; daß entweder Beklagter die Besichtigung beantragt habe oder ein Verlust oder eine Beschädigung, wofür Beklagter Ersatz leisten müsse, ermittelt sei; daß Kläger die Kosten in Folge der locatio conductio nothwendig oder als Mandatar oder Gestor des Beklagten[2] berichtigt habe oder daß er als Cessionar klage oder daß er sie zum eigenen Schaden unter grundloser Bereicherung des Beklagten entweder bezahlt oder sich zur Zahlung verpflichtet habe oder dafür zunächst hafte, weil er die Güter abgenommen und die Besichtigung beantragt[3] habe und daß die Höhe angemessen sei.

5) Anzutragen ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der beanspruchten Besichtigungskosten an den Kläger, bezw. zur Befreiung des letzteren von der Haftung dafür.

§. 169.

k. Die Klage auf Auslieferung der Güter.

„Der Verfrachter hat die Güter gegen Zahlung der Fracht und gegen Erfüllung der übrigen Verpflichtungen des Empfängers auszuliefern.“[1]

„Der Verfrachter ist nicht verpflichtet, die Güter früher auszuliefern, als bis die auf denselben haftenden Beiträge zur großen Haverei, Bergungs- und Hülfskosten und Bodmereigelder bezahlt oder sicher gestellt sind.

Ist die Verbodmung für Rechnung des Rheders geschehen, so gilt die vorstehende Bestimmung unbeschadet der Verpflichtung des Verfrachters, für die Befreiung der Güter von der Bodmereischuld noch vor der Auslieferung zu sorgen.“[2]

---

[1] Innerhalb dieser Zeit muß die Besichtigung jedenfalls begonnen, wenn auch nicht vollendet sein. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 265.

[2] Vgl. oben §. 128 unter II.

[3] H. G. B. Art. 629.

[1] H. G. B. Art. 615 Abs. 2.

[2] H. G. B. Art. 616.

Im vorliegenden Fall ist die Klage

1) des Befrachters

2) gegen den Verfrachter

3) zu richten auf Auslieferung der Güter an den Kläger[3] oder an den Empfänger[4] oder auf Befreiung der Güter von der Bodmereischuld.

4) Der anzugebende Grund der Klage besteht darin, daß zwischen den Parteien der Frachtvertrag geschlossen, die Nativität der Klage eingetreten[5] und bezw. die Verbodmung für Rechnung des Rheders geschehen sei.

5) Der Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu 3.

Die Einrede des Beklagten, daß die Fracht und die übrigen Verpflichtungen des Empfängers noch nicht bezahlt, bezw. erfüllt seien, müßte durch die Replik, daß Kläger sich zur Zahlung und Erfüllung vor der Auslieferung oder unter Umständen Zug um Zug bereit erkläre, elidirt werden.

Ebenso wäre die Einrede, daß die auf den Gütern haftenden Beiträge zur großen Haverei, Bergungs- und Hülfskosten und Bodmereigelder noch nicht bezahlt oder sicher gestellt seien, durch die Replik, daß Kläger zur Bezahlung oder Sicherstellung bereit sei, zu beseitigen.

§. 170.

1. Die Klage auf Rückzahlung der Fracht.

H. G. B. Art. 618 und 619.[1]

Die vorliegende Klage ist nicht eine condictio causa data causa non secuta, sondern die actio locati[2], zu deren Begründung hervorzuheben ist:

1) daß Kläger activ zur Sache legitimirt sei, weil er den Frachtvertrag geschlossen und die Fracht vorausgabt habe;

2) daß Beklagter passiv zur Sache legitimirt sei, weil mit ihm der Frachtvertrag geschlossen und an ihn die Fracht gegeben worden;

3) daß die vorausgabte Fracht oder ein Theil zu restituiren;

---

[3] H. G. B. Art. 629.

[4] In welchem Falle auch das rechtliche Interesse des Befrachters, zu klagen, besonders hervorzuheben ist.

[5] Dabei ist der Art. 629 des H. G. B. zu berücksichtigen.

[1] Vgl. auch l. 15 §. 6 D. loc. cond. (19; 2) und Code de comm. art. 302.

[2] Vgl. oben §. 114 Note 4. Wenn die Fracht im Voraus blos provisorisch geleistet wäre, könnten allerdings beide Klagen angestellt werden. Ein Provisorium ist aber im Zweifel nicht anzunehmen.

4) weil die betreffenden Güter durch einen näher anzugebenden Unfall (d. i. eine vis major) verloren gegangen (also nicht etwa blos beschädigt)[3] seien oder weil das Schiff im Ganzen oder ein verhältnißmäßiger oder ein bestimmt bezeichneter Raum des Schiffs verfrachtet, das Frachtgeld in Bausch und Bogen bedungen, ein Theil der Güter durch einen Unfall verloren und der zurückverlangte Theil der Fracht ein verhältnißmäßiger sei.

5) Der Antrag ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Rückzahlung der Fracht, bezw. des beanspruchten Theils an den Kläger zu richten.

B. Klagen gegen den Verfrachter von Seiten des Empfängers.

§. 171.
Allgemeine Uebersicht.

Zu diesen Klagen gehören namentlich folgende:

a) Auf Hinlegung des Schiffs zur Löschung an den Platz, welcher dem Schiffer vom Empfänger angewiesen wird, eventuell auf Schadensersatz.

b) Auf Tragung der Kosten der Ausladung aus dem Schiffe.

c) Auf Abwartung der Ueberliegezeit, bezw. Schadensersatz.

d) Auf Ersatz des Schadens, welcher durch Verlust oder Beschädigung der Güter seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist.

e) Auf Erstattung von Besichtigungskosten.

f) Auf Auslieferung der Güter gegen Zahlung der Fracht und Erfüllung der übrigen Verpflichtungen des Empfängers, oder im Fall eines Streits über die Forderungen des Verfrachters gegen Deposition der streitigen Summe.

g) Auf Rückzahlung der etwa vorausbezahlten Fracht für Güter, welche durch irgend einen Unfall verloren gegangen sind.

§. 172.
a. Die Klage auf Hinlegung des Schiffs zur Löschung.

H. G. B. Art. 593. Vgl. Art. 561.

Falls von Seiten

1) des Empfängers

2) gegen den Verfrachter[1]

---

[3] Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 69.

[1] Die Zulässigkeit der Klage gegen den Schiffer schließt die Klage gegen den Verfrachter nicht aus. Vgl. oben §. 163 Note 1.

3) auf Hinlegung des Schiffs an den angewiesenen oder den ortsüblichen Löschungsplatz geklagt wird, so wäre

4) als Grund hervorzuheben: daß der Frachtvertrag zwischen dem Beklagten und dem Befrachter geschlossen; daß Kläger legitimirter Empfänger[2]; daß die Nativität der Klage eingetreten; daß im Fall einer Anweisung eines besonderen Löschungsplatzes Kläger alleiniger Empfänger oder mit den übrigen Empfängern über diesen Platz übereingekommen und daß die Anweisung rechtzeitig erfolgt sei.

5) Der Antrag ist dahin zu richten, Beklagten zu verurtheilen, es zu veranlassen, daß das Schiff an den angewiesenen, bezw. den ortsüblichen Löschungsplatz anlege.

Wenn es sich um Schadensersatz handelt, so kommt es darauf an, ob auf Haftung mit Schiff und Fracht oder auf persönliche Haftung geklagt wird.

Im ersten Fall müßte als Grund geltend gemacht werden, daß der Frachtvertrag geschlossen, Kläger legitimirter Empfänger, das Schiff nicht an den vom Kläger als alleinigem Empfänger oder von allen Empfängern rechtzeitig angewiesenen, eventuell nicht an den ortsüblichen Löschungsplatz hingelegt sei und daß Kläger dadurch den angegebenen Schaden erlitten habe.

Anzutragen wäre dann auf Auslieferung von Schiff und Fracht als Pfand, es möchte denn Beklagter die Zahlung des Schadens vorziehen.

Im zweiten Fall müßte bemerkt werden, daß den Beklagten selbst ein Verschulden treffe oder er die Erfüllung des Art. 593 besonders gewährleistet habe.

§. 173.

b. Die Klagen auf Tragung der Kosten der Ausladung.

H. G. B. Art. 594. Vgl. Art. 562.

Wenn der Empfänger, mag es sich um einen Frachtvertrag über das Schiff im Ganzen, oder über einen verhältnißmäßigen Theil oder einen bestimmt bezeichneten Raum des Schiffs oder um Stückgüter handeln, die Kosten der Ausladung bezahlt oder einem Dritten gegenüber sich zur Zahlung verpflichtet hat, so kann er gegen den Verfrachter auf Erstattung, bezw. Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit klagen, weil er als Mandatar oder als Gestor des Beklagten gehandelt habe

---

[2] Dies ist der legitimirte Inhaber auch nur Eines Exemplars des Connossements. H. G. B. Art. 647. Vgl. auch Art. 648.

oder dieser sich sonst zum Schaden des Klägers grundlos bereichern würde u. d. m.[1]

Gegen die Klage, in welcher diese Punkte hervorzuheben sind, kann eingewendet werden, daß durch Vertrag oder die örtlichen Verordnungen des Löschungshafens oder einen dortigen Ortsgebrauch, der nicht gerade ein Gewohnheitsrecht zu sein braucht[2], Kläger mit den Ausladungskosten zu belasten sei.

§. 174.

c. Die Klage auf Abwartung der Ueberliegezeit, bezw. Schadensersatz.

„Ueber die Löschzeit hinaus hat der Verfrachter auf die Abnahme der Ladung noch länger zu warten, wenn es vereinbart ist.“[1]

Ist die Ueberliegezeit nicht abgewartet, so kann der Empfänger auf Schadensersatz klagen.

Zur Begründung seiner Klage müßte er hervorheben:

1) daß er legitimirter Ladungsempfänger und somit activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Verfrachter der rechte Beklagte sei[2];

3) daß Abwartung der Ueberliegezeit, bezw. Ersatz des zu specificirenden Schadens, bezw. Auslieferung von Schiff und Fracht als Pfand beansprucht werde;

4) weil eine Ueberliegezeit[3] vereinbart, bezw. sie vereinbart, aber nicht abgewartet und dadurch der Schaden verursacht sei.

Wenn der Verfrachter in dem Falle des Schadensersatzes nicht blos mit Schiff und Fracht[4], sondern persönlich haften soll, so müßte auch ein Verschulden oder eine besondere Gewährleistung Seitens desselben behauptet werden.

5) Anzutragen ist darauf, daß Beklagter verurtheilt werde, es zu veranlassen, daß die Ueberliegezeit abgewartet werde, bezw. Schiff und Fracht als Pfand auszuliefern, er möchte denn die Zahlung des Schadens vorziehen.

---

[1] Vgl. oben die §§. 164, 168.

[2] Pr. S. 3849.

[1] H. G. B. Art. 595 Abs. 4.

Vgl. Art. 568 Abs. 3. Wenn bei den Klagen des Befrachters gegen den Verfrachter nicht eine der vorliegenden Klage entsprechende besonders hervorgehoben ist, so liegt der Grund nur darin, daß ich es vorzog, eine solche wohl nur seltene Klage überall nur Einmal, und zwar lieber erst beim Art. 595 Abs. 4, hervorzuheben.

[2] Auch der Schiffer kann belangt werden, sei es als Vertreter des Verfrachters, sei es in eigenem Namen.

[3] Natürlich kann auch wegen Nichtinnehaltung der Löschzeit geklagt werden.

[4] Da es sich um eine Dienstobliegenheit des Schiffers handelt. H. G. B. Art. 452.

§. 175.

d. Die Klage auf Schadenersatz wegen Verlustes oder Beschädigung der Güter.

In Ansehung dieser Klage kann auf das verwiesen werden, was oben im §. 167 bemerkt worden ist.

Der Ladungsempfänger ist der Regel nach der rechte Kläger.

Vgl. aber H. G. B. Art. 629.

§. 176.

e. Die Klage auf Erstattung von Besichtigungskosten.

Es gilt im Allgemeinen dasselbe, was oben im §. 168 hervorgehoben ist, so weit nicht aus der Verschiedenheit des Klägers sich eine Abweichung ergibt.

§. 177.

f. Die Klage auf Auslieferung der Güter.

Das im §. 169 Angegebene gilt, abgesehen von der Verschiedenheit des Klägers s. w. d. a., auch von der vorliegenden Klage.

§. 178.

g. Die Klage auf Rückzahlung der Fracht.

Vgl. oben §. 170.

IV. Von dem Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden zur See.[1]

§. 179.

Allgemeine Uebersicht.

Aus dem Ueberfahrtsvertrage zwischen dem Verfrachter und dem Reisenden entsteht:

1) für den Verfrachter eine Klage gegen den Reisenden, insbesondere
   A. auf Zahlung des Ueberfahrtsgeldes;
   B. auf Schadensersatz
   a) wegen widerrechtlichen Verhaltens,

---

[1] H. G. B. Sechster Titel Art. 665—679.

„Die auf das Auswanderungswesen sich beziehenden Landesgesetze, auch insoweit sie privatrechtliche Bestimmungen enthalten, werden durch die Vorschriften dieses Titels nicht berührt.“ H. G. B. Art. 679.

b) wegen unrichtiger Bezeichnung der verladenen Reiseeffecten, Verladung von Kriegscontrebande oder von Gütern, deren Ausfuhr oder deren Einfuhr in den Bestimmungshafen verboten ist, oder wegen schuldvoller Uebertretung der gesetzlichen Vorschriften bei der Abladung; und

c) wegen Bringung von Reiseeffecten an Bord ohne Wissen des Schiffers;

C. auf Tragung der Kosten der Lieferung der Reiseeffecten bis an das Schiff und der Löschungskosten mit Ausnahme der Kosten der Ausladung aus dem Schiff;

D. auf Erstattung von Besichtigungskosten;

2) für den Reisenden dagegen eine Klage gegen den Verfrachter, namentlich

A. auf Ausrichtung der Ueberfahrt dem Vertrage gemäß, eventuell auf Schadensersatz;

B. auf Gewährung von Wohnung und Beköstigung im Fall einer während der Reise nothwendig gewordenen Ausbesserung des Schiffes, eventuell auf Schadensersatz;

C. auf Erstattung eines Theils des vorausbezahlten Ueberfahrtsgeldes für Reiseeffecten, welche durch irgend einen Unfall verloren gegangen sind;

D. auf Ersatz des Schadens

a) wegen Verlustes oder Beschädigung der von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommenen Reiseeffecten seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung,

b) wegen Verladung der Reiseeffecten in ein anderes Schiff,

c) wegen unterbliebener Wahrnehmung des Interesses der Erben des verstorbenen Reisenden in Ansehung der an Bord sich befindenden Effecten desselben;

E. auf Tragung der Kosten der Einladung der Reiseeffecten in das Schiff und der Ausladung derselben aus dem Schiff;

F. auf Erstattung von Besichtigungskosten.

---

1. Klagen des Verfrachters gegen den Reisenden.

§. 180.

A. Die Klage auf Zahlung des Ueberfahrtsgeldes.

H. G. B. Art. 667—673.[1]

Zur Begründung der vorliegenden Klage sind nachstehende Punkte hervorzuheben:

---

[1] Wegen der Geburt eines Kindes während der Reise würde im Zweifel nicht ein höheres Ueberfahrtsgeld zu zahlen sein. L. 19 §. 7 D. loc. cond. (19; 2).

a) Die Umstände, welche die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts begründen. Dabei ist zu beachten, daß die Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes für Streitigkeiten zwischen Reisenden und Schiffern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Ueberfahrtsgelder entstanden sind, die Zuständigkeit haben.[2]

b) Die Activlegitimation des Klägers. Als solcher kann der Verfrachter auftreten, der Schiffer und Auswanderungsexpedient nur dann, wenn sie im eigenen Namen den Ueberfahrtsvertrag mit dem Beklagten geschlossen haben. Wenn nicht, so können sie doch noch als Vertreter des Verfrachters zum Proceß legitimirt sein.

c) Die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Reisenden.

d) Der Gegenstand. Dies ist das volle Ueberfahrtsgeld oder die Hälfte oder ein unbestimmter, nach billigem Ermessen mit Rücksicht auf das Verhältniß der bereits zurückgelegten zu der noch zurückzulegenden Entfernung, des Aufwandes an Kosten und Zeit, sowie der Gefahren und Mühe, welche durchschnittlich mit dem vollendeten Theil der Reise verbunden sind[3], vom Richter zu bestimmender[4] oder vom Kläger bestimmt in Vorschlag gebrachter Theil. Wenn auf einen zu bestimmenden Theil geklagt wird, so müssen jedenfalls die bezeichneten Punkte thatsächlich genauer dargelegt werden.[5]

e) Der Grund. Derselbe besteht darin, daß zwischen den Parteien der Ueberfahrtsvertrag geschlossen und

1) wenn das volle Geld verlangt wird,

daß die Ueberfahrt beschafft worden sei; oder nach dem Vertrage doch jetzt schon die Zahlung erfolgen solle; oder der Reisende vor oder nach dem Antritt der Reise sich nicht rechtzeitig an Bord begeben; der Schiffer aber, ohne auf ihn zu warten, die Reise angetreten oder fortgesetzt habe; oder der Reisende nach dem Antritt der Reise Rücktritt von dem Ueberfahrtsvertrage erklärt habe oder gestorben sei oder durch Krankheit oder einen anderen in seiner Person sich ereignenden Zufall zurückzubleiben genöthigt sei; oder das Schiff während der Reise habe ausgebessert werden müssen, der Reisende aber die Ausbesserung nicht habe abwarten wollen[6];

---

[2] G. V. G. §. 23 unter 2.

[3] H. G. B. Art. 633 Abs. 1.

[4] H. G. B. Art. 633 Abs. 2.

[5] Auch in diesem Fall brauchte das Gericht sich auf die Bestimmung nicht einzulassen, sondern könnte vom Kläger zunächst einen bestimmten Vorschlag erwarten.

Vgl. oben §. 17 S. 154—159.

[6] H. G. B. Art. 667, 668 und 672.

2) wenn auf die Hälfte geklagt ist,

daß der Reisende vor dem Antritt der Reise entweder den Rücktritt von dem Ueberfahrtsvertrage erklärt habe, oder gestorben sei, oder durch Krankheit oder einen anderen in seiner Person sich ereignenden Zufall zurückzubleiben genöthigt sei[7];

3) wenn auf einen verhältnißmäßigen unbestimmten Theil geklagt ist[8],

daß der Ueberfahrtsvertrag nach Antritt der Reise außer Kraft getreten sei, indem durch einen Zufall das Schiff verloren gegangen; oder derselbe nach Antritt der Reise von dem Reisenden oder dem Verfrachter aufgelöst sei, weil ein Krieg ausgebrochen, in Folge dessen das Schiff nicht mehr als frei habe betrachtet werden können und der Gefahr der Aufbringung ausgesetzt gewesen oder weil die Reise durch eine das Schiff betreffende Verfügung von hoher Hand aufgehalten; oder ferner nach Antritt der Reise vom Verfrachter aufgelöst worden, weil das Schiff hauptsächlich zur Beförderung von Gütern bestimmt gewesen und die Unternehmung habe unterbleiben müssen, weil die Güter ohne sein Verschulden nicht hätten befördert werden können[9]; wogegen es nicht nothwendig ist, anzugeben, daß eine Einigung der Parteien über den Betrag vor der Klagerhebung vergeblich versucht sei[10];

4) wenn auf einen bestimmten verhältnißmäßigen Theil (etwa 300 Mark) geklagt wird,

daß überdies (außer dem zu 3 angegebenen Grunde) dieser Theil mit Rücksicht auf das unter d angegebene Verhältniß ein billiger sei.

f) Der Antrag auf Verurtheilung zur Zahlung des unter d bezeichneten Gegenstandes.

---

[7] H. G. B. Art. 668. Der Kläger könnte in diesem Falle auch auf die volle Summe klagen und sich darauf stützen, daß der Reisende sich nicht rechtzeitig an Bord begeben und der Schiffer, ohne auf ihn zu warten, die Reise angetreten habe — und es dann dem Beklagten überlassen, die Umstände anzugeben, nach denen er nur für die Hälfte hafte. Wenn aber Kläger selbst diese Umstände angegeben hat, so kann er darauf auch nur wegen der Hälfte klagen und klagt er ohne Angabe derselben auf die Hälfte, so ist seine Klage freilich begründet, aber nicht correct.

[8] H. G. B. Art. 671.

[9] H. G. B. Art. 670 Abs. 2.

[10] Ungeachtet des H. G. B. Art. 633 Abs. 2: „Können sich die Parteien über den Betrag der Distanzfracht nicht einigen, so entscheidet darüber der Richter nach billigem Ermessen“ und Art. 671 ist ein Versuch überflüssig, weil schon in der Klagerhebung die Ablehnung einer Einigung enthalten, diese Ablehnung aber nicht wie bei einem Sühneverfahren in Ehesachen an besondere Formalitäten gebunden ist.

§. 181.

B. Klagen auf Schadensersatz.

a) „Ist der Reisende in dem Ueberfahrtsvertrage genannt, so ist derselbe nicht befugt, das Recht auf die Ueberfahrt an einen Anderen abzutreten.“[1]

„Der Reisende ist verpflichtet, alle die Schiffsordnung betreffenden Anweisungen des Schiffers zu befolgen.“[2]

Es ist der Reisende nach allgemeinen Grundsätzen für culpa levis, die contractliche wie Aquilische, verantwortlich. Die Art. 665 und 666 enthalten nur Beispiele von Verpflichtungen, deren schuldvolle Uebertretung eine Haftbarkeit herbeiführen würde.

Die Begründung der Klage

1) des Verfrachters

2) gegen den Reisenden

3) auf Ersatz des zu specificirenden Schadens

4) wegen schuldvoller Verletzung des Frachtvertrages und dadurch verursachten Schadens ergibt sich von selbst.

Wenn etwa die beabsichtigte Verletzung erst bevorsteht oder die geschehene rückgängig gemacht werden kann, so ist auch eine Klage auf Verurtheilung zur Unterlassung (z. B. der streitigen Abtretung des Rechts auf die Ueberfahrt an einen Anderen) oder auf Rückgängigmachung zulässig. Ueber die Begründung dieser Klagen ist nichts Besonderes zu bemerken.

b) „Auf sämmtliche von dem Reisenden an Bord gebrachte Sachen finden — — — die Artikel 564. 565. 566. und 620. Anwendung.“[3] In Gemäßheit des Art. 564 kann die vorliegende Klage

1) von Seiten des Verfrachters[4]

2) gegen den Reisenden

3) auf Ersatz jedes Schadens

4) darauf gestützt werden, daß Beklagter die Reiseeffecten unrichtig bezeichnet oder Kriegscontrebande oder Güter verladen habe, deren Ausfuhr oder deren Einfuhr in den Bestimmungshafen verboten sei, oder daß er bei der Abladung die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die Polizei-, Steuer- und Zollgesetze, übertreten habe und daß ihm dabei

---

[1] H. G. B. Art. 665.

[2] H. G. B. Art. 666.

[3] H. G. B. Art. 674 Abs. 3.

[4] Auch alle übrigen im ersten Absatz des Art. 479 bezeichneten Personen können klagen, wenn sie beschädigt sind.

ein Verschulden zur Last falle, sowie daß in Folge des durch sein Verfahren veranlaßten Aufenthalts oder anderweitig durch sein schuldvolles Verhalten der angegebene Schaden verursacht sei.

Ein Einwand des Beklagten, daß er mit Genehmigung des Schiffers gehandelt habe, ist irrelevant[5]; wohl aber relevant der Einwand, daß er mit Genehmigung des Klägers gehandelt habe.

c) Der nach Art. 674 Abs. 3 anwendbare Art. 565 bestimmt, daß auch derjenige welcher ohne Wissen des Schiffers Güter an Bord bringe, nach Maßgabe des Art. 564 zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sei.

Bei der Klage[6]

1) des Verfrachters

2) gegen den Reisenden

3) auf Schadensersatz in diesem Falle müßte

4) insbesondere hervorgehoben werden, daß Beklagter ohne Wissen des Schiffers die Güter an Bord gebracht habe, daß ihm dabei ein Verschulden[7] zur Last falle und daß dadurch der Schaden entstanden sei.

Die Einrede, daß der Schiffer nachträglich ratihabirt habe, steht einer Klage von seiner Seite in eigenem Namen stets; dagegen einer Klage von Seiten eines Anderen nur dann entgegen, wenn der Schiffer legitimirt gewesen wäre, über die Rechte des Anderen zu disponiren oder der Schaden erst nach der Ratihabition entstanden und nicht durch einen schon vorher eingetretenen, durch das eigenmächtige Einbringen veranlaßten Umstand verursacht sein sollte. Beklagter hat dies darzulegen; nicht Kläger zu repliciren, daß die Ratihabition ein jus quaesitum des Klägers verletze und deshalb, sowie wegen mangelnder Legitimation des Schiffers, darüber zu disponiren, nicht in Betracht komme.

§. 182.

C. Die Klage auf Tragung von Lieferungs- und Löschungskosten.

„Auf die an Bord gebrachten Reise-Effecten finden die Vorschriften der Artikel 562. 594. — — Anwendung."[1]

Danach müssen, sofern nicht durch Vertrag oder durch die örtlichen

---

[5] Nur dem in eigenem Namen klagenden Schiffer gegenüber kann dieser Einwand erhoben werden.

[6] Sie kann von allen im ersten Abs. des Art. 479 bezeichneten Personen, sofern sie Schaden erlitten haben, angestellt werden.

[7] Vgl. oben §. 130 Note 2.

[1] H. G. B. Art. 674 Abs. 1.

Verordnungen des Abladungs-, bezw. Löschungshafens und in deren Ermangelung durch einen daselbst bestehenden Ortsgebrauch ein Anderes bestimmt ist, die Kosten der Einladung in das Schiff, bezw. der Ausladung aus dem Schiff von dem Verfrachter, die der Lieferung bis an das Schiff, bezw. alle übrigen Kosten der Löschung von dem Befrachter oder dem Ladungsempfänger getragen werden.

Bei einer Klage

1) des Verfrachters

2) gegen den Reisenden

3) auf Zahlung der fraglichen zu specificirenden Kosten oder Entlastung des deshalb Dritten gegenüber verpflichteten Klägers oder Anerkennung der Verpflichtung des Beklagten zur Tragung dieser Kosten ist

4) als Grund hervorzuheben:

a) wenn auf Zahlung geklagt wird,

daß zwischen den Parteien der Ueberfahrtsvertrag geschlossen sei, daß Beklagter die Effecten an Bord gebracht habe, daß die fraglichen Kosten durch die Beförderung bis an das Schiff oder die Löschung, im Gegensatz gegen die Ausladung, entstanden seien, daß Kläger in Folge der locatio conductio nothwendig oder im Auftrage oder als Gestor des Beklagten sie ausgelegt habe, oder daß er als Cessionar klage, oder sonst Beklagter zum Schaden des ersteren grundlos bereichert worden[2] und daß die Kosten angemessen seien;

b) wenn auf Entlastung geklagt wird,

dasselbe, jedoch so, daß statt der Auslegung die Uebernahme einer Verpflichtung Dritten gegenüber geltend zu machen ist;

c) wenn auf Anerkennung geklagt wird,

daß der Vertrag geschlossen sei und Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung habe.

Gegen die Klage kann eingewandt werden, daß nach Vertrag oder örtlichen Verordnungen oder in deren Ermangelung nach Ortsgebrauch die Kosten dem Kläger zur Last fielen.

§. 183.

D. Die Klage auf Erstattung von Besichtigungskosten.

Sind die an Bord gebrachten Reiseeffecten „von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen, so gelten für den Fall ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung die Vorschriften der Artikel 607. 608. 609. 610. 611.“[1]

---

[2] Vgl. oben §. 128 unter II.

[1] H. G. B. §. 674 Abs. 2.

Der bereits oben besprochene Art. 611 handelt von den Kosten der Besichtigung.

Die Klage

1) des Verfrachters

2) gegen den Reisenden

3) auf Erstattung der zu specificirenden Besichtigungskosten wäre

4) auf den Grund zu stützen, daß Beklagter die Besichtigung beantragt und Kläger in Folge der locatio conductio nothwendig oder als Mandatar oder Gestor die Kosten ausgelegt habe oder daß er als Cessionar klage oder Beklagter sonst grundlos zum Schaden des Klägers bereichert sei[2], die Kosten auch angemessen seien.

Beklagter kann einwenden, daß die fraglichen Reiseeffecten vom Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen seien und ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt sei, wofür der Verfrachter Ersatz leisten müsse.

Die Klage kann auch auf Befreiung oder Anerkennung gerichtet werden, in welchen Fällen im Allgemeinen das soeben im §. 182 Bemerkte gilt.

---

2. Klagen des Reisenden gegen den Verfrachter.

§. 184.

A. Die Klage auf Ausrichtung der Ueberfahrt.

Die vorliegende Klage ist selbstverständlich gerechtfertigt. Sie wird oft nicht rechtzeitig zu erledigen sein.

Wenn die Ueberfahrt oder auch nur der rechtzeitige Beginn derselben nicht mehr möglich ist, würde sofort auf das zu specificirende Interesse geklagt werden können.

Der anzugebende Grund der ersten Klage besteht in der Schließung des Ueberfahrtsvertrages; der einer Entschädigungsklage darin, daß dieser Vertrag geschlossen, die Ueberfahrt oder deren rechtzeitiger Beginn nicht mehr möglich sei, daß Beklagter dies veranlaßt habe, daß der Schaden dadurch verursacht, eine etwaige auf Schätzung des Klägers beruhende Schadensposition auch angemessen sei.[1]

Hätte lediglich der Schiffer mit Rücksicht auf seine Dienstobliegenheiten die Nichtausrichtung der Ueberfahrt oder die nicht rechtzeitige Ausrichtung veranlaßt oder verschuldet, so würde er selbst im Fall eigenen

---

[2] Vgl. oben §. 128 unter II.

[1] Verschiedene Einreden ergeben sich aus den Art. 669 und 670 des H. G. B.

Verschuldens persönlich; der Verfrachter, sofern er nicht besonders die Gewährleistung übernommen hätte oder ihm nicht ein Verschulden zur Last fiele, nur der Pfandklage gegenüber mit Schiff und Fracht haften.

§. 185.

B. Die Klage auf Gewährung von Wohnung und Beköstigung.

H. G. B. Art. 672.

Bei dieser Klage

1) des Reisenden

2) gegen den Verfrachter [1]

ergibt sich die active und passive Legitimation zur Sache von selbst.

3) Zu richten ist die Klage auf Gewährung einer Wohnung ohne besondere Vergütung bis zum Wiedereintritt der in Folge einer nothwendig gewordenen Ausbesserung des Schiffs unterbrochenen Reise und auf weitere Erfüllung der nach dem Ueberfahrtsvertrage in Ansehung der Beköstigung dem Beklagten obliegenden Pflichten.

Wohnung und Beköstigung müssen, so weit solches möglich ist, den Umständen nach der Wohnung und Beköstigung auf dem Schiffe entsprechend und angemessen sein.

4) Der anzugebende Grund der Klage liegt darin, daß der bezw. auch auf Beköstigung mitgerichtete Ueberfahrtsvertrag geschlossen sei und das Schiff während der Reise ausgebessert werden müsse.

Ist Wohnung und Beköstigung widerrechtlich nicht gewährt, so daß der Reisende in dieser Hinsicht selbst für sich hat sorgen müssen, so ist eine Klage auf Ersatz des zu specificirenden Schadens statthaft.

Ob der Verfrachter persönlich oder nur mit Schiff und Fracht hafte, ist nach dem Art. 452 des H. G. B. zu entscheiden.

Gegen beide Klagen ist die Einrede möglich, daß Beklagter sich erboten habe, den Kläger mit einer anderen gleich guten Schiffsgelegenheit ohne Beeinträchtigung der übrigen vertragsmäßigen Rechte desselben nach dem Bestimmungshafen zu befördern, Kläger aber sich geweigert habe, von dem Anerbieten Gebrauch zu machen.

§. 186.

C. Die Klage auf Erstattung eines Theils des Ueberfahrtsgeldes.

H. G. B. Art. 669—671 und 674 Abs. 1.

In dem vorliegenden Fall der Klage

1) des Reisenden

2) gegen den Verfrachter

---

[1] Ueber die passive Legitimation des Schiffers vgl. oben §. 159.

3) auf Rückzahlung eines verhältnißmäßigen Theils des Ueberfahrtgeldes besteht

4) der Grund der Klage darin, daß der zwischen den Parteien geschlossene Ueberfahrtsvertrag nach Antritt der Reise außer Kraft getreten sei, indem das Schiff durch einen Zufall verloren gegangen; oder der Reisende von dem Vertrage zurückgetreten sei, weil ein Krieg ausgebrochen, in Folge dessen das Schiff nicht mehr als frei habe betrachtet werden können und der Gefahr der Aufbringung ausgesetzt gewesen oder weil die Reise durch eine das Schiff betreffende Verfügung von hoher Hand aufgehalten sei; oder der Verfrachter zurückgetreten sei, weil er in einem der vorstehenden Fälle die Reise aufgegeben, oder weil das Schiff hauptsächlich zur Beförderung von Gütern bestimmt sei und die Unternehmung hätte unterbleiben müssen, da die Güter ohne sein Verschulden nicht hätten befördert werden können; oder darin, daß Güter des Reisenden durch irgend einen Unfall verloren gegangen seien, — in Verbindung damit, daß der streitige Theil des Ueberfahrtsgeldes nach der näher zu erörternden Maßgabe des Art. 633 als verhältnißmäßiger zu betrachten, bezw. für die verloren gegangenen Güter vereinbart oder ein verhältnißmäßiger sei.

Ginge die Klage nicht auf eine bestimmte, sondern vom Gericht zu bestimmende Summe, so müßten die bezüglichen Anhaltspunkte als Maßstab für die Bestimmung durch das Gericht in die Angaben über den Gegenstand mithineingezogen werden.

§. 187.

D. Klagen auf Schadensersatz.

a. „Sind dieselben" (die an Bord gebrachten Reiseeffecten) „von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen, so gelten für den Fall ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung die Vorschriften der Artikel 607. 608. 609. 610. 611."[1]

Durch diese Vorschrift sind die Grundsätze des Römischen Rechts über die actio de recepto gegen nautae auch für den Fall eines Frachtgeschäftes zur Beförderung von Reisenden zur See beseitigt. Sie gelten nur noch für die Beförderung auf Flüssen und Binnengewässern. Es könnte freilich fraglich sein, ob nicht in Betreff der von dem Reisenden zur See inferirten und recipirten, aber nicht übernommenen Effecten die actio de recepto anwendbar sei. Mir scheint jedoch deren Anwendbarkeit dem Sinne des H. G. B. zu widersprechen. Der Anspruch aus Art. 674 Abs. 2 ist theils ein engerer, theils ein weiterer, als der bei der Römischen actio de recepto. Bei letzterer genügt eine Reception in

---

[1] H. G. B. Art. 674 Abs. 2. Vgl. oben §. 167.

dem Sinne von Aufnahme mit Wissen und Willen des nauta. Dagegen erfordert Art. 674 Abs. 2 eine Uebernahme. Deshalb könnte statt unserer Klage auf Schadensersatz auch eine Klage auf Rücklieferung angestellt werden. Anstatt der actio de recepto könnte eine solche nicht angestellt werden, da Nichts übernommen ist. Die Uebernahme muß von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten geschehen; bei jener Aufnahme wird man etwa laxer sein können. Bei der actio de recepto muß Kläger den Verlust oder die Beschädigung behaupten und beweisen. Im Fall des Art. 674 braucht Kläger den Verlust oder die Beschädigung nicht zu beweisen, vielmehr ist Beklagter ohne Weiteres verpflichtet, die übernommenen Sachen in der bei der Uebernahme befindlichen Beschaffenheit zu restituiren, er möchte denn darthun können, daß er aus einem gesetzlichen Grunde davon befreit sei. Als solcher gilt ein Mangel der Verpackung als Ursache nur dann, wenn selbiger äußerlich nicht erkennbar war. War er dies, so haftet er, obschon Kläger dann der Regel nach in gleicher oder größerer Culpa sich befinden wird. Bei der actio de recepto würde der Satz: „Damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare" ohne Ausnahme anzuwenden sein. Im Fall des Art. 674 Abs. 2 muß der Empfänger, wenn eine Besichtigung der Effecten vor der Uebernahme durch die zuständige Behörde oder durch die zu dem Zweck amtlich bestellten Sachverständigen nicht geschehen ist, binnen 48 Stunden nach dem Tage der Uebernahme die nachträgliche Besichtigung der Güter nach Maßgabe des Art. 609 erwirken, widrigenfalls alle Ansprüche wegen Beschädigung oder theilweise erfolgten Verlustes erlöschen. „Es macht keinen Unterschied, ob Verlust und Beschädigung äußerlich erkennbar waren oder nicht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf solche Verluste und Beschädigungen, welche durch eine bösliche Handlungsweise einer Person der Schiffsbesatzung entstanden sind."[2] Bei der actio de recepto gilt eine solche Frist von 48 Stunden nicht, wie denn überhaupt eine Besichtigung nicht nothwendig ist. Die actio de recepto ist eine actio perpetua, während die Klage aus dem Art. 674 Abs. 2. in Einem Jahre verjährt.[3] Die actio de recepto beruht auf einer Quasidelictsobligation, unsere Klage auf einer Vertragsobligation. Bei letzterer haftet der Rheder nach Art. 452 unter Umständen nur mit Schiff und Fracht; bei der actio de recepto findet sich diese Beschränkung nicht.

Zur Begründung der Klage aus dem Art. 674 Abs. 2 ist Folgendes hervorzuheben:

1) die Activlegitimation des Klägers als Reisenden.

2) Die Passivlegitimation des Beklagten als Verfrachters.

---

[2] H. G. B. Art. 610. [3] H. G. B. Art. 757 Ziffer 8 und 10, 906, 908 Ziffer 2.

3) Der Gegenstand, welcher in dem zu specificirenden Interesse[4] besteht, sofern Beklagter selbst im Verschulden sich befindet oder für die Verpflichtung des Schiffers, die Sachen unbeschädigt und vollständig zurückzuliefern, die Gewähr übernommen hat; indem er sonst nur mit Schiff und Fracht haftet.

4) Der Grund. Dieser liegt darin, daß zwischen den Parteien der Ueberfahrtsvertrag geschlossen sei; daß die fraglichen Sachen an Bord gebracht; daß sie von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen seien; daß die Güter bei der Uebernahme die vom Kläger geltend zu machende Beschaffenheit gehabt hätten — vgl. l. 1 §. 4 D. ususfr. quemadm. cav. (7; 9) —; daß seit der Uebernahme ein Verlust oder eine Beschädigung der Güter eingetreten sei[5]; daß bei Kostbarkeiten, Geldern und Werthpapieren diese Beschaffenheit oder der Werth der Güter bei der Uebergabe dem Schiffer angegeben worden; daß im Fall einer unbeanstandeten Ablieferung Verlust oder Beschädigung vor der Ablieferung entstanden sei; daß, sofern eine Besichtigung entweder vor der Ablieferung oder binnen 48 Stunden nach dem Tage der Ablieferung nicht bewirkt sein sollte[6], Verlust oder Beschädigung durch eine bösliche Handlungsweise einer Person der Schiffsbesatzung vor der Ablieferung entstanden sei[7]; und daß der verlangte Betrag das Interesse des Klägers ausmache.

5) Der Antrag, welcher sich von selbst ergibt.

b. Auf sämmtliche von dem Reisenden an Bord gebrachte Sachen findet Art. 566 Anwendung.[8] Danach ist der Verfrachter nicht befugt, ohne Erlaubniß des Reisenden die Effecten desselben in ein anderes Schiff zu verladen.

Wenn die vorliegende Klage auf Art. 674 Abs. 3 hin

1) von Seiten des Reisenden

2) gegen den Verfrachter

3) auf Ersatz des zu specificirenden Schadens angestellt wird[9], ist

---

[4] Da Art. 674 Abs. 2 nicht auch auf Art. 612—614 verweist, so ist, wie im Zweifel bei allen Entschädigungsansprüchen, das Interesse maßgebend. Auch bei der actio de recepto kommt letzteres in Betracht. Vgl. unten §. 310.

[5] Zu beweisen hat Kläger dies nicht, er muß es aber bei der vorliegenden Klage auf das Interesse, im Gegensatz gegen eine Klage auf Rücklieferung in unversehrtem Zustande, behaupten. Vgl. oben §. 167 im Anfang des Textes über die Einwendungen; ferner auch Note 6.

[6] Dies ist einredeweise geltend zu machen.

[7] Kläger hat dies in der Replik gegen die soeben bezeichnete Einrede zu behaupten.

[8] H. G. B. Art. 674 Abs. 3. Vgl. oben §. 166.

[9] Sofern der Art. 452 Ziffer 1—3 des H. G. B. zutreffend ist, haftet Beklagter nur mit Schiff und Fracht.

4) als Grund hervorzuheben, daß der Ueberfahrtsvertrag geschlossen sei; daß in Folge dessen die näher anzugebenden Sachen an Bord gebracht worden, mögen sie von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommen sein oder nicht; daß der Verfrachter die fraglichen Effecten des Klägers in ein anderes Schiff verladen habe; und daß dem Kläger der angegebene Schaden in Ansehung der Effecten oder in Folge des Fehlens in dem vereinbarten Schiff entstanden sei.

Einredeweise kann u. A. geltend gemacht werden, daß der Schaden auch dann entstanden und dem Reisenden zur Last gefallen sein würde, wenn die Effecten nicht in ein anderes Schiff verladen worden wären und daß nur eine Umladung in einem Fall der Noth nach Antritt der Reise erfolgt sei.

c. „Stirbt ein Reisender, so ist der Schiffer verpflichtet, in Ansehung der an Bord sich befindenden Effekten desselben das Interesse der Erben nach Umständen des Falles in geeigneter Weise wahrzunehmen.“ [10]

Zur Begründung der Klage ist hervorzuheben:

1) Die Activlegitimation des Klägers oder der Kläger. Der Erbe oder die Erben des Reisenden sind legitimirt.

2) Die Passivlegitimation des Beklagten. Belangt werden kann außer dem Schiffer auch der Verfrachter. Er haftet aber nur mit Schiff und Fracht, es möchte ihn denn selbst ein Verschulden treffen oder er möchte die Gewährleistung für die fragliche Obliegenheit des Schiffers besonders übernommen haben.

3) Der Gegenstand. Dieser besteht in dem zu specificirenden Interesse.

4) Der Grund, welcher darin liegt, daß der Ueberfahrtsvertrag geschlossen; der Reisende gestorben sei; daß sich Effecten desselben an Bord befunden hätten; daß der Schiffer seiner Verpflichtung, in Ansehung dieser Effecten das Interesse der Erben nach den Umständen des Falles in geeigneter Weise (wozu auch die Errichtung eines Inventars gehören kann) wahrzunehmen, nicht nachgekommen sei, und daß dadurch der beanspruchte Schaden verursacht worden.

5) Der Antrag, welcher auf Verurtheilung zur Zahlung, bezw. zur Auslieferung von Schiff und Fracht als Pfand, es möchte denn Zahlung vorgezogen werden, zu richten ist.

§. 188.

E. Die Klage auf Einladungs- und Ausladungskosten.

Von dieser Klage gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, welche im §. 182 angegeben sind, abgesehen davon, daß es sich bei der

---

[10] H. G. B. Art. 676.

Klage des Reisenden um die Kosten der Einladung der Reiseeffecten in das Schiff und der Ausladung dieser aus demselben handelt.

§. 189.

F. Die Klage auf Erstattung von Besichtigungskosten.

Hinsichtlich der Kosten einer Besichtigung gilt die schon mehrfach berührte Bestimmung des Art. 611; aber nicht für alle an Bord gebrachte Sachen des Reisenden, sondern nur für die von dem Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten übernommenen.[1]

Die Klage

1) des Reisenden

2) gegen den Verfrachter

3) auf Erstattung der gezahlten Besichtigungskosten würde insbesondere

4) auf den Grund zu stützen sein, daß Beklagter die Besichtigung beantragt habe oder freilich Kläger, aber ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt sei, wofür Beklagter Ersatz leisten müsse; daß der Ueberfahrtsvertrag zwischen den Parteien geschlossen, die besichtigten Effecten übernommen, die Kosten angemessen, auch vom Kläger im Fall der locatio conductio nothwendig oder als Mandatar oder Gestor des Beklagten gezahlt seien, oder daß Kläger als Cessionar Erstattung verlange oder Beklagter sonst zum Schaden des Klägers grundlos sich bereichern würde.[2]

Hat Kläger sich nur zur Zahlung obligirt, so kann er auf Liberation klagen.

Im Fall eines rechtlichen Interesses an einer alsbaldigen richterlichen Entscheidung ist auch eine Feststellungsklage möglich.

---

3. Auftrag (mandatum).[1]

§. 190.

A. Im Allgemeinen.

Zur Begründung sowohl der actio mandati directa, als auch der actio mandati contraria ist ein Mandat zu behaupten, d. i. ein

---

[1] H. G. B. Art. 674 Abs. 2.

[2] Vgl. oben §. 128 unter II.

[1] Das s. g. mandatum qualificatum kann erst bei der Bürgschaft mitberücksichtigt werden. — Die neuerdings in der Litteratur aufgestellte Unterscheidung

nicht ganz unbestimmter Vertrag[2], wodurch der s. g. mandatarius sich dem Mandanten verpflichtet[3] hat, ein nicht blos dem Interesse des Mandatars[4] entsprechendes Geschäft oder eine Mehrheit von Geschäften oder die gesammten Angelegenheiten einer Person zu besorgen, ohne einen Lohn[5], falls es sich um operae illiberales handelt.

---

zwischen Auftrag und Mandat, sowie Vollmacht und Auftrag (s. z. B. Laband, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 10. B. S. 203 fg., und Behrend a. a. O. S. 351 und 352) hat nicht gerade einen sehr erheblichen Werth, weshalb denn auch die Quellen diese Unterscheidungen nicht besonders betonen. Man kann namentlich einen dem Mandat entsprechenden Auftrag im engeren Sinne und einen solchen im weiteren Sinne unterscheiden. Beides bezieht sich auf das Verhältniß zwischen dem Vertreter und Vertretenen; die Vollmacht auf das Verhältniß beider zu Dritten.

[2] In Ansehung der Unbestimmtheit vgl. l. 48 §. 2 D. mandati vel contra (17; 1); und Busch a. a. O. 30. B. S. 194—199, 33. B. S. 122.

Bezüglich der Frage, ob ein Vertrag vorliege, ist zu beachten, daß ein mandatum, nicht dagegen eine negotiorum gestio, anzunehmen ist, wenn der Dominus widersprechen konnte, aber dies nicht gethan hat. L. 18 D. h. t. L. 12 D. de ev. (21; 2).

[3] Hat der Beauftragte den Auftrag nicht angenommen und sich nicht verpflichtet, aber doch freundschaftlichen Rath ertheilt, so würde er nur im Fall eines Dolus, und zwar mit der actio doli, belangt werden können. L. 10 §. 7 D. h. t.

[4] Pr. J. de mandato (3; 26).

Die Erklärung, A. möge dem B. Geld leihen, kann ein consilium und ein mandatum sein; ersteres, wenn das Interesse Jemandes, insbesondere des B., nicht wahrgenommen werden sollte. Im Zweifel müßte ein mandatum angenommen werden, weil nur dadurch die Erklärung als rechtsbeständig aufrecht erhalten wird, dies aber meistens als beabsichtigt zu betrachten ist. Vgl. §. 6 J. h. t.; l. 2 pr. §. 6 D. h. t.

Wenn ein consilium dolose ertheilt oder vom Rathgeber die Gefahr übernommen (l. 1 §. 14 D. dep. v. contra [16; 3]) oder es als mandatum ertheilt und vom Mandatar nur wegen des Mandats gehandelt ist (l. 6 §. 5 D. h. t.), haftet der Rathgeber. Die actio doli, bezw. die Klage aus dem Vertrage und die act. mandati sind hier anwendbar. L. 47 pr. D. de R. J. (50; 17). L. 8 D. de dolo malo (4; 3). L. 6 §. 5, l. 10 §. 7 D. h. t.

Auch haftet der Rathgeber, wenn er in Folge seines Berufs oder wegen eines ihn zur Sorgfalt verpflichtenden obligatorischen Verhältnisses einen Rath ertheilt und dabei nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. v. Vangerow a. a. O. §. 659 Anm. unter 2. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 27. Ein Kaufmann handelt bei Empfehlungen an sich nicht in Folge seines Berufs. — In Betreff des solutionis causa adjectus liegt ebenfalls kein Mandat von Seiten des Gläubigers an den Schuldner vor, so daß denn auch ersterer dem letzteren die Solution an den adjectus nicht untersagen kann. L. 106 D. de sol. et lib. (46; 3).

[5] L. 1 §. 4 D. h. t.; §. 13 J. h. t., wonach bei einem Geldlohn eine locatio conductio vorliegt. Eine spätere Remuneration steht dem Bestande eines Mandats nicht im Wege. L. 6 pr. D. h. t. Auch nicht ein salarium, wenn es sich um operae liberales handelt. Jedoch konnte dieses nach Röm. Recht nicht mit der act. mandati contraria, sondern mit der actio praescriptis verbis oder durch eine persecutio extra ordinem gefordert werden. L. 7 D. h. t. C. 1 C. mandati vel contra (4; 35).

a. Bei der actio mandati directa muß ferner behauptet werden:

I. daß Kläger als Mandant[6],

II. daß Beklagter als Mandatar[7]

activ, bezw. passiv zur Sache legitimirt seien;

III. daß es sich um Ausrichtung des Mandats[8], Rechnungsablage, Berichterstattung, Auslieferung des Erhaltenen oder Cession von erworbenen Klagen, Schadensersatz u. s. w. handle;

IV. worin der Grund der Klage liege. Abgesehen von der Darlegung eines Mandats überhaupt[9], kommt es auf die beanspruchte Leistung an.

---

[6] Mehrere Mandanten haben die Klage pro partibus; es möchte denn ein Grund für die Klage auf mehr oder das Ganze vorliegen, z. B. ein höheres Interesse, Untheilbarkeit, bedungene Correalität.

[7] Mehrere Mandatare haften aufs Ganze. L. 60 §. 2. D. h. t. Mir scheint genauer Folgendes angenommen werden zu müssen. Der nicht in Culpa befindliche Mandatar haftet gar nicht, der in Culpa befindliche allein. Bei gemeinsamer Culpa haften die mehreren Mandatare solidarisch mit Zulassung der Rechtswohlthat der Theilung im Fall der culpa levis, mit Versagung derselben im Fall des Dolus oder der culpa lata. Dem nur in culpa levi befindlichen Mandatar kann ich für den Fall, daß dem anderen Mandatar ein Dolus oder ein grobes Verschulden zur Last fällt, die Rechtswohlthat der Vorausklage aber nicht einräumen.

[8] L. 46 D. de her. inst. (28; 5).

[9] Im Fall der C. P. O. §. 153 Abs. 2 würde die Berufung auf die durch den Gerichtsvollzieher bewirkte Zustellung genügen. Die Beschränkung des §. 153 Abs. 2 auf das Verhältniß der Partei zu dem Dritten läßt sich nicht rechtfertigen.

Nach der C. P. O. §. 674 gilt der von dem Gerichtsschreiber, dessen Mitwirkung wegen Ertheilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung der Gläubiger in Anspruch genommen hat, beauftragte Gerichtsvollzieher als von dem Gläubiger beauftragt. Vgl. auch G. V. G. §. 162.

„In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittiren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern." C. P. O. §. 675. Bei einer bezüglichen act. mandati directa gegen den Gerichtsvollzieher würde daher zur Begründung auch die Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung zu behaupten sein. Nach dem §. 676 der C. P. O. ermächtigt freilich schon der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der im §. 675 bezeichneten Handlungen. Aber nur dem Schuldner und Dritten gegenüber. Für das Verhältniß zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher ist §. 675 maßgebend. Hätte also der nicht beauftragte Gerichtsvollzieher, oder der beauftragte aber im Fall mangelnder Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung, auf Grund des etwa durch Diebstahl erlangten Besitzes Zahlungen in Empfang genommen, so müßte die actio negotiorum gestorum directa angestellt werden. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §§. 675 und 676.

1) Wenn darauf geklagt wird, daß der Mandatar den Auftrag so ausrichte, wie es den Instructionen, eventuell dem muthmaßlichen Willen des Mandanten, schließlich der Natur der Sache gemäß sei, ist anzugeben:

daß solche Instructionen gegeben und angenommen seien oder einseitig hätten ertheilt werden können, eventuell daß die verlangte Ausführung dem aus den Umständen hervorgehenden Willen des Mandanten, schließlich daß sie der Natur der Sache entspreche.[10]

2) Wenn auf eine Rechnungsablage[11] oder Berichterstattung geklagt wird, muß behauptet werden:

daß der Mandatar das Geschäft ganz oder zum Theil ausgerichtet habe; wogegen, wenn dies nicht behauptet werden kann, auf eine Erklärung darüber, ob solches geschehen sei oder nicht, anzutragen ist.

3) Wird auf Auslieferung des Erhaltenen oder Cession von Klagen angetragen, so ist darzulegen:

daß dem Mandatar das Verlangte mit Einschluß des durch ein ungerechtes Urtheil oder durch Zahlung einer Nichtschuld u. d. m.

---

[10] L. 5, l. 8 §. 2, l. 46 D. h. t.

[11] In solchen Fällen, in denen beim Mandat oder bei anderen Geschäften oder in Folge gewisser Umstände auf Rechnungsablage geklagt werden kann, entsteht die Frage, ob darauf geklagt werden müsse oder ob Kläger auch auf eine einzelne Leistung klagen könne. Letzteres ist zu bejahen. Die Möglichkeit, daß bei vollständiger Abrechnung kein Guthaben für den Kläger verbleibe, kommt nicht in Betracht. Dadurch wird die Klage nicht dunkel und unbegründet. Die Klage hindert auch den Beklagten nicht, in seiner Klagbeantwortung Rechnung abzulegen und in Folge dessen oder ohne völlige Rechnungslegung mit einzelnen Ausgaben zu compensiren. Also Beklagter hat nie Nachtheile von einer solchen Klage. Nur Kläger kann sich unnöthigerweise Proceß und Kosten verursacht haben; namentlich dann, wenn die angestellte Klage durch die Einrede zu erstattender Auslagen ganz elidirt wird, während eine vollständige Abrechnung für ihn ein Guthaben ergibt, er also dann von Neuem hierauf klagen muß. Vgl. auch l. 3 D. de tut. — act. (27; 3); l. 1 §. 4 D. de contr. tut. — act. (27; 4). Busch a. a. O. 30. B. S. 311. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 77 und 118. Wenn der, welcher die Rechnungsablage zu beschaffen hat, Kläger ist, z. B. der Mandatar wegen einzelner Auslagen klagt, so würde ihm allerdings wegen nicht beschaffter Rechnungsablage die exceptio doli opponirt werden können. Busch a. a. O. 30. B. S. 312. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 122. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 42. Auch ist es möglich, daß ausnahmsweise zufolge erklärter oder sonst anzunehmender Absicht der Betheiligten nicht wegen eines einzelnen Postens, sondern nur wegen eines nach Ablauf einer gewissen Zeit u. d. m. sich ergebenden Saldos oder auf Rechnungsablage geklagt werden darf. Dies wird bei einem Contocurrentverhältniß im Zweifel anzunehmen sein, wenn Kläger auch nicht derjenige sein sollte, welcher noch Rechnung zu legen hätte. Busch a. a. O. 31. B. S. 31—32. Endemann a. a. O. §. 144 Note. 13.

Empfangenen[12], durch das Geschäft zugekommen sei oder er in Folge dessen Klagen gegen Dritte erworben habe.[13] Somit können auch verlangt werden Urkunden, die der Mandant oder ein Dritter dem Mandatar gegeben[14], mit Einschluß der für das vorliegende Mandat selbst ertheilten schriftlichen Vollmacht[15]; Früchte, welche der Mandatar von Grundstücken, die er im Auftrage angekauft, gezogen[16]; Zinsen, die er von Geldern des Mandanten, wenn auch ohne oder gegen Auftrag, eingenommen habe[17], wobei übliche Zinsen in Ansatz kommen, wenn der Mandatar das Geld, mögen es auch Zinsen gewesen sein, für sich selbst benutzt hat.[18] Ob der Mandatar beim Erwerbe die Absicht gehabt hat, für den Mandanten zu erwerben, oder ein dritter Geber die Absicht, daß der Mandant erwerben solle, ist unerheblich, wenn nur der Mandatar als solcher, also vermöge des Auftrages, erworben hat.[19]

4) Falls auf Schadensersatz geklagt wird, ist anzugeben:

daß Kläger durch Dolus oder Culpa des Beklagten Schaden erlitten habe, wobei das Verschulden (z. B. Collusion mit der Gegenpartei, Nichteinwendung eines Rechtsmittels gegen ein offenbar ungerechtes Urtheil, Ueberschreitung der Gränzen des Mandats[20], Nichtausrichtung desselben) an sich und als causa efficiens[21] des Schadens, sowie die Höhe des

---

[12] L. 46 §. 4 D. de proc. et def. (3; 3).

[13] L. 8 §. 9 und 10 D. h. t.

[14] L. 8 pr. D. h. t.

[15] E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 53.

[16] L. 10 §. 2 D. h. t.

[17] Beklagter kann einwenden, daß er die Gelder auf eigene Gefahr ausgeliehen habe. L. 10 §. 8 D. h. t.

[18] L. 10 §. 3, l. 20 pr. D. h. t.

[19] Die dem Mandatar bei Gelegenheit der Ausrichtung des Auftrages persönlich gemachten Schenkungen kann er jedoch in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung behalten. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 23. In Betreff des Schiffers s. aber H. G. B. Art. 513.

[20] L. 5 pr. §. 2 und 3 D. h. t. Eine Ueberschreitung würde auch dann vorliegen, wenn bei einer mit dem Zusatz „laut Bericht" ausgestellten Tratte der Trassat vor Empfang des Avis oder im Widerspruch mit demselben acceptirt hätte.

Desgl. beim Verkauf des Handlungsgeschäfts des Principals von Seiten des Procuristen ohne Specialvollmacht. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 7.

[21] Z. B. bei einer Klage gegen den Anwalt wegen Nichtvorschützung einer Einrede oder Nichteinwendung eines Rechtsmittels u. d. m. würde anzugeben sein, daß diese Unterlassung ein Verschulden enthalte, daß dadurch ein Schaden entstanden sei, indem Kläger z. B. sonst, wenn auch nicht mit Gewißheit, so doch wahrscheinlich, den Proceß gewonnen haben würde, und wie hoch der Schaden sei. Vgl. Kori, Wie hat eine streitende Partei — — die Regreßklage gegen ihren Anwalt — — zu begründen? im A. f. d. c. P. 5. B. S. 399 fg., und Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 866—870.

letzteren näher begründet und selbiger auch genügend specificirt werden muß.

Bei einer Substitution ist der Substituent nur dann im Verschulden, wenn jene der Natur des Geschäfts oder einem Verbote widerspricht oder dem Substituenten eine culpa in eligendo oder eine Culpa in Betreff der etwa erforderlichen Beaufsichtigung zur Last fällt. Sonst ist der Regel nach nur Cession der Klage gegen den wegen Verschuldens haftenden Substituten zu beanspruchen.

Im Uebrigen kann dann, wenn etwas ohne Rücksicht auf Culpa verlangt werden darf, z. B. Rücklieferung der dem Mandatar übergebenen Sachen, die Culpa bei der Begründung der Klage ganz unberührt bleiben. Beklagter mag einwenden, daß er die Sachen nicht zurückzuliefern im Stande sei, weil sie ihm ohne seine Culpa abhanden gekommen seien.[22] Beweise er blos das Abhandengekommensein, aber nicht den Mangel einer Culpa, so würde er auf Antrag des Klägers zur Leistung des Interesses zu verurtheilen sein.

V. Der Antrag folgt aus den Bemerkungen zu III.

b. Die actio mandati contraria erfordert zur Begründung folgende Behauptungen:

I. daß Kläger als Mandatar[23] activ,

II. daß Beklagter als Mandant[24] passiv

zur Sache legitimirt seien;

III. daß es sich um Erstattung von Auslagen, Gestattung der Wegnahme der nicht aufgetragenen und nicht dem voraussichtlichen Willen des Mandanten entsprechenden, auch nicht ratihabirten impensae voluptuariae, Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten, Schadensersatz, Zahlung eines Lohns bei operae liberales, oder das Eine oder Andere handle;

IV. den Grund der Klage. Außer der Darlegung eines Mandats überhaupt ist Nachstehendes hervorzuheben:

---

[22] Vgl. oben §. 7 unter 13. S. auch E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 124 und Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 189.

[23] S. Note 6.

[24] Mehrere haften aufs Ganze. L. 59 §. 3 D. h. t. Sie haben aber die Rechtswohlthat der Theilung. Andere lassen mehrere Mandanten nur pro partibus haften, indem sie die l. 59 §. 3 cit. lediglich auf Mandatoren im engeren Sinne (Bürgen) beziehen. Vgl. Matthiae a. a. O. I. 2. S. 39. Die diesseits allgemein angenommene solidarische Haftung bezieht sich auf die Verpflichtung zur Erstattung von Auslagen, Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten, Ersatz des durch gemeinsames Verschulden verursachten Schadens. Wenn es sich um Culpa handelt, haftet aber der nicht in culpa befindliche Mandant gar nicht, der in culpa befindliche allein. Im Fall des Dolus oder des groben Verschuldens fällt die Rechtswohlthat der Theilung fort. S. oben §. 15 Note 65.

1) Wenn auf Erstattung der zur Ausrichtung des Auftrages[25] gemachten Verwendungen geklagt wird, ist zu behaupten, es seien die eingeklagten, näher zu specificirenden Verwendungen in Folge speciellen Mandats oder unter nachfolgender Ratihabition oder zur Ausrichtung des Auftrages zweckentsprechender Weise[26] gemacht worden.

Daß der Auftrag erfüllt worden sei, ist nicht nothwendig, braucht also nicht behauptet zu werden. Werden auch Zinsen des verwandten eigenen Geldes verlangt, so muß, abgesehen von dem Fall der Mora, Kläger behaupten, daß ihm solche erwachsen oder entzogen seien, z. B. durch Contrahirung einer verzinslichen Anleihe oder durch Einziehung eines verzinslichen Kapitals.[27]

Da nun heutigen Tages Geld immer, z. B. in Sparkassen oder bei Banquiers, verzinslich angelegt werden kann, so wird die Behauptung, daß dem Kläger Zinsen entzogen seien, leicht zu begründen sein. Was dabei die Höhe des Zinsfußes anbetrifft, so werden im Zweifel übliche Zinsen verlangt werden können.[28]

2) Falls auf Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten geklagt

---

[25] L. 10 §. 9 und 10 D. h. t. Bei der Revalirungsklage gegen den Trassanten steht der Umstand, daß der Acceptant auch dem Trassanten haftet, der Annahme eines gewöhnlichen Mandatsanspruchs ipso jure entgegen. Es muß also ein besonderer Grund der Haftung, z. B. daß nur ein Gefälligkeitsaccept auf Ersuchen des Trassanten vorliege, dargelegt werden. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 283. Busch a. a. O. 33. B. S. 343. Anders bei Anweisungen, auch denen der Art. 300 und 301 des H. G. B.

[26] Dahin gehören namentlich nothwendige oder nützlich aufgewendete Auslagen und Kosten. H. G. B. Art. 371 und 381. Nützlich sind die Auslagen, wenn sie dem erklärten oder vermuthlichen Willen, z. B. der Gewohnheit des Mandanten, eventuell dem Verhalten eines sorgsamen Hausvaters entsprechen oder vortheilhaft sind. Vgl. oben 1. B. S. 146. Das jus tollendi wegen impensae voluptuariae kann durch den Einwand beseitigt werden, daß die Wegnahme nicht ohne Schaden geschehen könne und daher erst eine Caution zu leisten sei oder daß Beklagter auch sie erstatten wolle. L. 10 §. 10 D. h. t. Der Mandatar kann auch im Fall eines nachweisbaren Interesses nach Wahl des Beklagten auf Gewährung der Mittel zur Ausrichtung des Mandats oder auf Zurücknahme des Mandats und Erstattung der etwa schon gemachten Verwendungen klagen. L. 12 §. 17 D. h. t. Besteht der Aufwand darin, daß der Mandatar sich einem Dritten obligirt hat, so kann ersterer vom Mandanten für das von der Schuld gerade ihm Geschenkte Ersatz verlangen, aber nicht für das in Folge Accords Abgehandelte. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 22.

[27] L. 19 §. 4 D. de neg. gest. (3; 5). L. 12 §. 9 D. h. t. Ein Kaufmann (mit Einschluß des Commissionärs und Spediteurs), welcher in Ausübung des Handelsgewerbes Geschäfte besorgt, kann ohne Weiteres von seinen Darlehen, Vorschüssen, Auslagen und anderen Verwendungen Zinsen in Ansatz bringen. H. G. B. Art. 290. S. auch Art. 467.

[28] L. 12 §. 9 D. h. t.
C. 1 C. h. t.

wird, ist anzugeben, daß Kläger solche in Folge des Auftrages, sei es nach specieller Anordnung des Mandanten oder unter dessen Ratihabition oder angemessener Weise übernommen habe.

3) Bei der Klage auf Schadensersatz wegen Verschuldens ist zu behaupten, daß Beklagter sich in Culpa befunden habe, daß Kläger dadurch einen Schaden erlitten und wie hoch derselbe sei.[29]

Hat der Mandatar die Gränzen des Auftrages überschritten[30], so kann er eine bezügliche Einrede abwarten und dagegen jedenfalls noch in der Replik geltend machen, daß er den Nachtheil der Ueberschreitung zu beseitigen bereit und dies auch möglich sei; z. B. daß er von den 120 Mark, welche für den im Auftrage des Beklagten geschehenen Ankauf einer Sache verlegt seien, während nur die Summe von 100 Mark als höchster Preis gesetzt war, 20 Mark ablasse.[31]

4) Wird ein Lohn verlangt, so ist zu behaupten, daß operae liberales geleistet, dafür ein Lohn ausdrücklich oder stillschweigends vereinbart und der geforderte Betrag bedungen oder angemessen oder gesetzlich festgesetzt sei[32]

V. Der Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu III.

---

[29] Einen bei Ausrichtung des Mandats erlittenen zufälligen Schaden kann der Mandatar nicht ersetzt verlangen. L. 26 §. 6 D. h. t. Dabei ist aber eine Culpa des Mandanten leicht anzunehmen. L. 63 §. 5 D. de furtis (47; 2) und oben §. 110 Note 25. Auch muß es sich um einen Schaden handeln, den gerade der Mandatar, nicht der Mandant erlitten hat. Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, II. Jahrgang (1866), Nr. 56.

[30] Eine Ueberschreitung liegt nicht vor, wenn nur das vorgenommen ist, was als nothwendiges oder als wegen vorliegender Unbestimmtheit der Mittel den Umständen nach zulässiges Mittel zur Ausführung des Mandats betrachtet werden mußte. L. 2 D. de jurisd. (2; 1). L. 56, l. 62 D. de proc. et def. (3; 3). L. 46 D. h. t. Vgl. auch Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 31. Gegen die Einrede der Ueberschreitung könnten die angegebenen Umstände in der Replik geltend gemacht werden. Es müßte schon in der Klage geschehen, wenn Kläger in dieser selbst die Ueberschreitung eingeräumt hätte.

[31] L. 3 §. 2, l. 4, l. 5 §. 3 und 4, l. 22 pr. §. 1, l. 33 D. h. t. §. 8 J. h. t. Vgl. auch l. 31 §. 4 D. de neg. gest. (3; 5); l. 40 D. h. t., und c. 24 C. de neg. gest. (2; 18).

[32] L. 6 pr. D. h. t.
C. 1 C. h. t.

Vgl. die Gebührenordnung für Rechtsanwälte, vom 7. Juli 1879, §. 93. Danach ist zwischen dem nicht beigeordneten oder zum Vertheidiger bestellten Anwalt und der Partei ein die gesetzliche Vergütung abändernder Vertrag möglich. Es darf aber die Festsetzung der Vergütung nicht in das Ermessen eines Dritten gesetzt werden. Der Auftraggeber ist nur gebunden, wenn er den Vertrag schriftlich abgeschlossen hat. Hat der Rechtsanwalt die Gränze der Mäßigung überschritten, so kann die vertragsmäßige Vergütung im Proceßwege, nach eingeholtem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer, bis auf den gesetzlichen Betrag herabgesetzt werden.

B. Besondere handelsrechtliche Fälle des Mandats.

§. 191.

Allgemeine Uebersicht.

Besondere Fälle eines Mandats nach dem H. G. B. sind, abgesehen von der Ertheilung einer Procura, einer Handlungsvollmacht und der Vollmacht zu Handelsgeschäften[1]:

a) die Mäkelei,

b) das Commissionsgeschäft und

c) das Speditionsgeschäft.

„Die Handelsmäkler (Sensale) sind amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte.

Sie leisten vor Antritt ihres Amtes den Eid, daß sie die ihnen obliegenden Pflichten getreu erfüllen wollen.“[2]

„Kommissionair ist derjenige, welcher gewerbemäßig in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers (Kommittenten) Handelsgeschäfte schließt.“[3]

„Spediteur ist derjenige, welcher gewerbemäßig in eigenem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt.“[4]

Obschon der Mäkler die Mäklergebühr (Sensarie)[5], der Commissionär die Provision[6] und der Spediteur gleichfalls die Provision[7] zu fordern berechtigt sind, müssen sie doch als Mandatare[8], nicht als con-

---

[1] Es ist von diesen hier abgesehen, weil sie weniger Besonderes von Interesse darbieten und sie zum Theil auch schon bei anderen Gelegenheiten berücksichtigt sind. Es kann dabei ein Mandat oder eine locatio conductio oder ein sonstiger Vertrag (z. B. facio ut des) vorliegen; ein Mandat, wenn keine Gegenleistung erfolgen soll oder es sich um operae liberales, wie beim Procuristen wohl immer angenommen werden kann, handelt u. s. w.

[2] H. G. B. Art. 66.

[3] H. G. B. Art. 360. Das Geschäft muß auf Seiten des Committenten ein Handelsgeschäft sein. Goldschmidt, Handelsrecht (Erlangen 1864), S. 464 Note 4. Es braucht aber der Committent nicht Kaufmann zu sein. Makower a. a. O. zu Art. 67. Ueber die Möglichkeit des Ueberganges eines Commissionsgeschäfts in ein Kaufgeschäft vgl. H. G. B. Art. 376 und E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 25; sowie über die Möglichkeit des Ueberganges eines Kaufgeschäfts in ein Commissionsgeschäft E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 22.

[4] H. G. B. Art. 379.

[5] H. G. B. Art. 82.

[6] H. G. B. Art. 371.

[7] H. G. B. Art. 381.

[8] Vgl. bezüglich des Commissionsgeschäfts Förster, Klage und Einrede nach preußischem Recht (Breslau 1857), S. 424 und 425. Das H. G. B. spricht in

ductores operis betrachtet werden, weil ihre Dienste mehr in operae liberales, als in operae illiberales bestehen.

Sie haften aber dessenungeachtet für culpa levis [9], weil ihre Dienste doch nicht in dem Grade operae liberales sind, als die des mensor, insbesondere des agrimensor.

Das, was über die Begründung der actiones mandati directa und contraria bemerkt worden ist, kommt im Allgemeinen auch bei dem Mäkler, Commissionär und Spediteur zur Anwendung. Insbesondere ist Folgendes zu beachten.

Dabei versteht es sich von selbst, daß die nachstehenden Bemerkungen sich nur auf solche Mäkler, Commissionäre und Spediteure beziehen, auf welche die angegebenen Definitionen des H. G. B. passen; also nicht auf Mäkler, welche nicht amtlich bestellt sind oder nicht Handelsgeschäfte vermitteln; nicht auf Commissionäre, welche das Commissionsgeschäft nicht gewerbemäßig betreiben [10], oder nicht im eigenen Namen, oder nicht für

---

Betreff des Handelsmäklers im Art. 67 Abs. 1 von einem Auftraggeber, im Art. 69 unter 3 und 5 von Auftraggebern und Aufträgen; in Betreff des Commissionärs im Art. 360 Abs. 1 und 3 von einem Auftraggeber, im Art. 361 wiederholt von einem Auftrage; und in Betreff des Spediteurs bemerkt es im Art. 387, daß dessen Rechte und Pflichten in Ermangelung besonderer Bestimmungen nach den Grundsätzen des Commissionsgeschäfts zu beurtheilen seien. Ich glaube nicht, daß das H. G. B. dabei an einen Unterschied zwischen Mandat und Auftrag gedacht hat. Daß übrigens die civilrechtlichen Grundsätze über das Mandat nur mit Vorsicht auf Handelsmäkler, Commissionäre und Spediteure angewandt werden können, ergibt sich aus den eigenthümlichen rechtlichen Stellungen dieser Personen und ihrer Auftraggeber. Vgl. darüber in Ansehung der Commissionäre Makower a. a. O. zum Commissionsgeschäft, u. A. zum H. G. B. Art. 360 und 376; sowie E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 7, und Busch a. a. O. 33. B. S. 278.

[9] H. G. B. Art. 81: „Jedes Verschulden des Handelsmäklers berechtigt die dadurch beschädigte Partei, Schadloshaltung von ihm zu fordern."

H. G. B. Art. 361: „Der Kommissionair hat das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse des Kommittenten gemäß dem Auftrage auszuführen; — — — —."

H. G. B. Art. 380 Abs. 1: „Der Spediteur haftet für jeden Schaden, welcher aus der Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Empfangnahme oder Aufbewahrung des Gutes, bei der Wahl der Frachtführer, Schiffer oder Zwischenspediteure und überhaupt bei der Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter entsteht."

Vgl. auch die K. O. §§. 74 und 81, wonach der Concursverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses gleichfalls die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden haben, also für culpa levis haften.

[10] Die Bestimmungen des H. G. B. über das Commissionsgeschäft oder Speditionsgeschäft kommen indessen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Commissionsgeschäften oder in Speditionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft im eigenen Namen für Rechnung eines

Rechnung eines Auftraggebers dies thun oder nicht Handelsgeschäfte schließen; nicht auf Spediteure, welche nicht gewerbemäßig oder nicht im eigenen Namen[11] oder nicht für fremde Rechnung handeln.[12]

§. 192.

a. Mäkelei.

Der allgemeine, vom Kläger zu behauptende Grund der Klage ist die übertragene und angenommene Geschäftsvermittelung.[1] Dabei ist zu beachten und durch Darlegung des besonderen Falles als zutreffend zu behaupten, daß die Handelsmäkler „für Auftraggeber Käufe und Verkäufe über Waaren, Schiffe, Wechsel, inländische und ausländische Staatspapiere, Aktien und andere Handelspapiere, ingleichen Verträge über Versicherungen, Bodmerei, Befrachtung und Miethe von Schiffen, sowie über Land- und Wassertransporte und andere den Handel betreffende Gegenstände" vermitteln.[2]

I. Actio mandati directa.

Es ist anzugeben:

1) Die Activlegitimation des Klägers. Die vorliegende Klage kann jede Partei anstellen, nicht blos der erste Auftraggeber. Denn auch die

---

Auftraggebers schließt oder eine Güterversendung durch Frachtführer oder Schiffer für fremde Rechnung im eigenen Namen zu besorgen übernimmt. H. G. B. Art. 378 und 388. Vgl. auch Art. 430.

[11] H. G. B. Art. 389. Danach finden die Bestimmungen des H. G. B. Tit. 4 über das Speditionsgeschäft keine Anwendung auf Personen, welche nur die Vermittelung von Frachtverträgen zwischen dem Absender und Frachtführer oder Schiffer bewirken (Frachtmäkler, Güterbestätter, Schiffsprocureure). — Da der Commissionär und Spediteur mit dem Dritten im eigenen Namen contrahiren, so ist im Fall eines von Seiten des letzteren gegen den Auftraggeber, nicht auch gegen den Commissionär oder Spediteur, begangenen Dolus

1) nicht statthaft irgend eine Klage von Seiten des Commissionärs oder Spediteurs gegen den Dritten wegen dieses Dolus;

2) nicht statthaft die Berufung auf diesen Dolus bei den Klagen zwischen dem Auftraggeber und Commissionär oder Spediteur;

3) möglich eine Berufung auf einen durch jenen Dolus veranlaßten wesentlichen Irrthum des Commissionärs oder Spediteurs bei den Klagen zwischen diesen und dem Dritten;

4) auch möglich eine actio doli von Seiten des Betrogenen gegen den Betrüger. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 55.

[12] Vgl. H. G. B. Art. 360 und 379.

[1] H. G. B. Art. 67 Abs. 2.

[2] H. G. B. Art. 67 Abs. 1.

andere Partei schließt sich dadurch, daß sie sich die Vermittelung des Mäklers gefallen läßt, dem Auftrage an.[3]

2) Die Passivlegitimation des Beklagten. Dies ist der Mäkler.

3) Der Gegenstand. Es kann namentlich die Zustellung einer Schlußnote, die Mittheilung eines beglaubigten Auszuges aus dem Tagebuche und die Schadloshaltung in Betracht kommen.

4) Der Grund der Klage.

a) Wenn geklagt wird auf Zustellung einer Schlußnote[4], so ist als hauptsächlichster Grund der Klage der Abschluß des Geschäfts durch Vermittelung des Beklagten zu behaupten. Die näheren Umstände bezüglich des Abschlusses und der Inhalt des Geschäfts sind freilich im Allgemeinen anzugeben, jedoch werden Mängel geringerer Art in dieser Hinsicht die Klage nicht als unbegründet erscheinen lassen dürfen, weil ja gerade durch Erlangung der Schlußnote auch das, was dem Kläger entfallen ist, ersetzt werden soll. Im Uebrigen kommt es noch darauf an, ob eine vom Mäkler oder eine von der Gegenpartei unterzeichnete Schlußnote verlangt wird. Im letzteren Fall müßte auch hervorgehoben werden, daß das Geschäft nicht sofort erfüllt werden solle.

b) Bei einer Klage auf Mittheilung eines beglaubigten Auszuges aus dem Tagebuche[5] muß gleichfalls als Grund der Klage hauptsächlich nur der Abschluß des Geschäfts durch Vermittelung des Beklagten behauptet werden. Das Geschäft ist nur so weit zu bezeichnen, daß eine Verwechselung nicht möglich ist. Ein Interesse braucht nicht dargelegt zu werden, weil Art. 74 des H. G. B. ein solches nicht verlangt. Es wird übrigens meistens vorhanden sein und sich von selbst ergeben. Die geschehene Eintragung von Seiten des Mäklers in sein Tagebuch braucht nicht speciell behauptet zu werden, weil sie schon durch den Antrag mitbehauptet wird.

c) Eine Klage auf Schadloshaltung wegen Verschuldens wird auch darauf gestützt werden können, daß Beklagter die Vorschriften des Art. 69 und des Art. 80 des H. G. B. verletzt habe und daß dadurch der Schaden entstanden sei.

Wenn Kläger selbst sich im Verschulden befindet, z. B. in Fällen des Art. 69 unter 6, so würde ihm die Einrede des eigenen Verschuldens entgegengesetzt, diese jedoch durch die Replik elidirt werden können,

---

[3] Daher spricht Art. 67 und 69 Ziffer 3 von Auftraggebern, nicht einem Auftraggeber, wie denn überhaupt das H. G. B. den Mäkler immer als beiden Contrahenten gegenüber gleichstehend betrachtet. Vgl. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 102. Zu bedenklich in Ansehung der Annahme eines Vertrages zwischen dem Handelsmäkler und beiden Contrahenten ist Endemann a. a. O. §. 165 Note 9.

[4] H. G. B. Art. 73.

[5] H. G. B. Art. 74.

das Verschulden des Beklagten sei Dolus oder culpa lata, das des Klägers nur culpa levis.

5) Der Antrag. Dieser geht auf Verurtheilung des Beklagten zur Zustellung einer dem Art. 72 des H. G. B. entsprechenden Schlußnote an den Kläger oder zur Mittheilung eines beglaubigten Auszuges aus dem Tagebuch oder zur Erstattung des Schadens.

II. Actio mandati contraria.

Die Klage des Mäklers auf die Mäklergebühr u. s. w. erfordert zu ihrer Begründung die Behauptung, daß

1) Kläger

2) von dem oder den Beklagten

3) die Mäklergebühr (Sensarie oder Courtage) und Erstattung von Auslagen fordere,

4) weil er im Auftrage der Parteien als Mäkler den Abschluß des Geschäfts vermittelt habe, sowie, wenn es ein bedingtes war, weil es ein unbedingtes geworden und von ihm seiner Verpflichtung wegen Zustellung der Schlußnoten Genüge geschehen oder nach örtlichen Verordnungen oder Ortsgebrauch anderweitig, wie darzulegen ist, sein Antrag gerechtfertigt sei[6]; ferner der verlangte Betrag an Gebühr durch örtliche Verordnungen geregelt sei, eventuell auf Ortsgebrauch beruhe[7]; und diese Gebühr ganz oder zu dem verlangten Theile nach Vereinbarung unter den Parteien, eventuell nach örtlichen Verordnungen oder einem Ortsgebrauch von dem Beklagten, in omnem eventum zur Hälfte von jeder Partei zu entrichten sei.[8]

Eine Klage auf Erstattung nothwendiger oder nützlicher Auslagen, z. B. der Kosten einer nothwendigen Reise zu einer abwesenden Partei, würde auch begründet sein, wenn das Geschäft nicht zum Abschluß gekommen oder nicht zu einem unbedingten geworden ist.

5) Anzutragen ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der Mäklergebühr und der Auslagen an den Kläger.

§. 193.

b. Commissionsgeschäft.[1]

I. Actio mandati directa.

1) Der Commissionär „ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft zu geben[2] und ihm dasjenige zu leisten, was

---

[6] H. G. B. Art. 82 Abs. 1 und 2. [7] H. G. B. Art. 82 Abs. 3.

[8] H. G. B. Art. 83.

[1] Eine besondere Art desselben ist das buchhändlerische Sortimentsgeschäft.

[2] Dahin gehört auch die Verpflichtung zur Angabe der Nummern beim An-

er aus dem Geschäft zu fordern hat."[3] Diese Grundsätze sind auch in anderen Fällen, als in dem des Art. 360 des H. G. B., anwendbar.

„Ein Kommissionair, welcher den Ankauf eines Wechsels übernommen hat, ist, wenn er den Wechsel indossirt, verpflichtet, denselben regelmäßig und ohne Vorbehalt zu indossiren."[4] Liegt kein eigentliches Commissionsgeschäft im Sinne des Art. 360 des H. G. B. vor, so würde eine Klage auf eine regelmäßige und ohne Vorbehalt zu beschaffende Indossation nicht auf die Uebernahme der Commission zum Ankauf eines Wechsels und deren sonstige Ausführung sammt geschehener Indossation allein gestützt werden können, vielmehr ein anderweitiger Grund dafür angegeben werden müssen, z. B. daß eine Indossation mit dem Vorbehalt „ohne Obligo" vertragsmäßig ausgeschlossen sei.

2) Wird auf Schadensersatz wegen Verschuldens des Commissionärs geklagt, so ist das Verschulden näher darzulegen.

a) Es kann u. A. auch dadurch begründet werden, daß Beklagter die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere sofort nach der Ausführung des Auftrags davon Anzeige zu machen unterlassen habe.[5] In anderen Fällen eines Mandats ist die Pflicht, Nachrichten zu geben und Anzeige zu machen, nicht eine so strenge, weil Handlungen des anderen Mandanten nicht so sehr, wie die des Committenten, von dem Empfange solcher Nachrichten und Anzeigen abhängen werden.

---

kauf von Werthpapieren im Auftrage des Committenten. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 1.

[3] H. G. B. Art. 361. Wenn Beklagter eine Summe Geldes, etwa 1000 Mark aus einem Commissionsgeschäft, weil er das Gut für 1000 Mark verkauft hat, schuldig wäre, Kläger aber auf 1000 Mark aus einem Kauf von Seiten des Beklagten geklagt hätte, so würde Kläger mit dieser Klage abzuweisen sein. — Bei einer Einkaufscommission geht das Eigenthum der vom Commissionär in eigenem Namen für Rechnung des Committenten gekauften Waaren nicht ohne Tradition auf letzteren über. Dieser würde im Concurse des ersteren daher auch nicht ohne Weiteres aussonderungsberechtigt sein. Die K. O. hat diesen Fall nicht entschieden. Die Mot. zu §. 35 der K. O. berühren ihn, aber äußern keine bestimmte Ansicht. Der Art. 368 Abs. 2 des H. G. B. ist nicht zutreffend.

[4] H. G. B. Art. 373. Es sind namentlich auch die Worte „wenn er den Wechsel indossirt" zu beachten. Also verpflichtet, zu indossiren, ist der Commissionär nicht ohne Weiteres. Wenn er es aber thut, dann regelmäßig und ohne Vorbehalt, weil der Wechsel sonst weniger leicht zu verkaufen ist.

[5] H. G. B. Art. 361. Mangel der Anzeige berechtigt den Committenten nicht dazu, das Geschäft für seine Rechnung nicht gelten zu lassen. Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, I. Jahrgang (1865), Nr. 58. Makower a. a. O. zu Art. 361. A. M. das frühere R. O. H. G. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 64. E. d. R. O. H. G. 18. B. Nr. 85, 22. B. Nr. 41.

b) „Wenn das Gut, welches dem Kommissionair zugesandt wird, bei der Ablieferung sich in einem äußerlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustande befindet, so muß er die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer wahren, für den Beweis jenes Zustandes sorgen und dem Kommittenten ohne Verzug Nachricht geben.

Im Unterlassungsfalle ist er für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.“ [6]

Es liegt also hierin ein Verschulden, woraus ein Klagegrund entnommen werden kann. In der Klage wäre namentlich auch dieses Verschulden und der daraus entstandene Schaden näher anzugeben. Die beregte Wahrung der Rechte und Sorge für den Beweis würde auch in anderen Fällen eines Mandats, einer locatio conductio u. d. m., als in denen des eigentlichen Commissionsgeschäfts, erforderlich sein; dagegen nicht immer das Nachrichtgeben ohne Verzug.

c) Der Commissionär „kann den Zustand“ (des beschädigten oder mangelhaften Gutes) „durch Sachverständige feststellen lassen, und wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, unter Beobachtung der Bestimmungen des Artikels 343.“ (des H. G. B.) „den Verkauf des Gutes bewirken.“ [7]

Die Klage gegen den Commissionär auf Schadensersatz wegen Verschuldens in Folge Nichtbeobachtung der Vorschriften des Art. 365 Abs. 3 würde auch dadurch begründet werden können, daß der Verkauf nicht öffentlich, bezw. nicht durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen nicht durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten bewirkt sei, oder daß die sofortige Benachrichtigung fehle; natürlich vorausgesetzt, daß ein Schaden, und zwar dadurch, entstanden sei. In anderen Fällen, als denen des eigentlichen Commissionsgeschäfts im Sinne des Art. 360 des H. G. B., würde die angegebene Art des Verkaufs und die sofortige Benachrichtigung keineswegs immer erforderlich sein.

d) Nach Art. 366 Abs. 1 des H. G. B. kann der Commissionär, wenn Veränderungen an dem Gute eintreten, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, und keine Zeit vorhanden ist, die Verfügung des Committenten einzuholen, oder der Committent in der Ertheilung der Verfügung säumig ist, unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 des H. G. B. den Verkauf des Guts veranlassen. Ein gleiches Recht hat der Commissionär nach Art. 366 Abs. 2 in allen anderen Fällen, in welchen der Committent, obwohl hierzu nach Lage der Sache verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterläßt. Hierbei ist dasselbe

---

[6] H. G. B. Art. 365 Abs. 1 und 2. Vgl. dabei Art. 408 und 610.

[7] H. G. B. Art. 365 Abs. 3.

anzunehmen, was soeben zu Art. 360 bemerkt worden ist, daß nämlich in anderen Fällen, als denen des eigentlichen Commissionsgeschäfts im Sinne des Art. 360 des H. G. B., die im Art. 343 angegebene Art des Verkaufs und die sofortige Benachrichtigung davon keineswegs immer erforderlich sein werde; also dann ein Verschulden anders begründet werden müßte.

e) Darin, daß der Commissionär die Versicherung des Gutes unterlassen hat, kann nur dann ein Verschulden gefunden werden, wenn er von dem Committenten den Auftrag zur Versicherung erhalten.[8] Es wäre daher im Fall einer Klage aus diesem Grunde insbesondere der Auftrag zu behaupten.

f) Ist der Committent in Erfüllung der in dem Art. 374 des H. G. B. bezeichneten Verpflichtungen (wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften) gegen den Commissionär im Verzuge, „so ist der letztere berechtigt, sich unter Beobachtung der Vorschriften des Artikels 310. aus dem Kommissionsgute bezahlt zu machen; er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Konkursmasse des Kommittenten."[9]

Ein Verschulden könnte in Gemäßheit des Art. 310 wiederum darauf gestützt werden, daß der Commissionär die thunliche sofortige Anzeige von der Bewilligung oder Vollziehung des Verkaufs unterlassen hätte, vorausgesetzt, daß ein Schaden entstanden wäre, und zwar durch diese Unterlassung als Ursache; was Alles vom Kläger behauptet werden müßte.

Man vgl. auch noch H. G. B. Art. 376, wonach an die Stelle der actiones mandati die actiones emti und venditi treten können.

II. Actio mandati contraria.

1) Wenn der Commissionär auf Ersatz seiner baaren Auslagen oder Aufwendungen klagt, so hat er zu behaupten, daß diese in Folge besonderen Mandats oder unter nachfolgender Ratihabition oder zum Vollzuge des Geschäfts nothwendig oder nützlich gemacht seien. Dazu gehört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der

---

[8] H. G. B. Art. 367 Abs. 2.

[9] H. G. B. Art. 375.
Vgl. K. O. §. 117 Abs. 2.

Transportmittel des Commissionärs und der Arbeit seiner Leute.[10] Dies Alles ist nichts Besonderes. Auch darin liegt nichts Eigenthümliches, daß der Commissionär, wenn er den für den Einkauf gesetzten Preis überschritten hat, im Allgemeinen nur auf Erstattung des gesetzten Preises klagen kann. Es hat aber der Committent auch hiergegen die Einrede der Zurückweisung des Einkaufs wegen Ueberschreitung des Preises, wogegen Kläger der Regel nach nur repliciren könnte, daß er sich zugleich mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erboten habe.[11] In anderen Fällen eines Mandats würde die Einrede entweder gar nicht begründet oder in leichterer Weise durch eine Replik zu beseitigen sein.

Wenn ungeachtet der Ueberschreitung des gesetzten Preises auf Erstattung des höheren geklagt wird, so kann dies dadurch begründet werden, daß die Ueberschreitung des Auftrages genehmigt sei. Diese in der Klage näher darzulegende Genehmigung liegt nun auch schon dann vor, wenn der Committent die Zurückweisung des Einkaufs nicht ohne Verzug auf die Einkaufsanzeige erklärt hat, während in anderen Fällen der Satz: „Qui tacet, consentire videtur" jedenfalls nicht so leicht anwendbar sein würde.[12]

In dem Fall des Art. 376 des H. G. B. kann die Klage auf Erstattung der Unkosten dadurch begründet werden, daß sie sonst regelmäßig vorkämen. Nach Art. 376 des H. G. B. ist nämlich bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, der Commissionär, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. — In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionärs,

---

[10] H. G. B. Art. 371 Abs. 1. Ein Lagergeld würde auch für die Dauer einer begründeten Retention verlangt werden können. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 63. Es kann aber auf Art. 371 hin ein Lagergeld überall nur dann verlangt werden, wenn der Commissionär zum Vollzuge des Geschäfts den Lagerraum gewährt (aufgewendet), also in dieser Hinsicht eine Thätigkeit entwickelt hat. Daß der Raum ohne Wissen und Willen des Commissionärs benutzt ist, genügt nicht. Vgl. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 33 und auch H. G. B. Art. 290 im Wort „Aufbewahrung". Indessen könnte ein Anspruch auf ein Lagergeld sich unter Umständen noch in anderer Weise begründen lassen, nämlich durch einen stillschweigenden Vertrag oder durch ein damnum injuria datum (culpose Abnutzung und dadurch veranlaßte Beschädigung des Lagerraums) oder durch dolose sonstige Vermögensbeschädigung. Als nützliche Aufwendung ist im Allgemeinen auch die Zahlung einer Prämie für die Versicherung ohne Auftrag ungeachtet des H. G. B. Art. 367 Abs. 2 zu betrachten. Makower a. a. O. zu Art. 367.

[11] H. G. B. Art. 364 Abs. 1.

[12] H. G. B. Art. 364 Abs. 2.

Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben[13], auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit (d. i. am Tage[14]) der Ausführung (d. i. der Abgabe der Anzeige von der Ausführung[15]) des Auftrages eingehalten sei. Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Commissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten, obschon sie ihm in Wirklichkeit nicht erwachsen sind, berechnen.[16]

2) Bei einer Klage auf Provision ist der Anspruch darauf genauer zu begründen.

Das H. G. B. enthält darüber folgende Bestimmungen:

a) „Der Kommissionair steht für die Zahlung oder für die anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit seines Kontrahenten ein, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Kommissionair, welcher für seine Kontrahenten einsteht, ist dem Kommittenten für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar und persönlich insoweit verhaftet, als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.

Der Kommissionair, welcher für seinen Kontrahenten einsteht, ist dafür zu einer Vergütung (del credere-Provision) berechtigt."[17]

b) „Der Kommissionair hat die Provision zu fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist."[18]

Die Klage auf diese Provision (die gewöhnliche) kann auch dadurch

---

[13] Ohne Rechnungslegung wird die Klage des Commissionärs der Regel nach nicht begründet werden können. Darin liegt ein erheblicher Unterschied vom Kauf (Lieferungsvertrag). Ob ein solcher oder eine Einkaufscommission vorliege, ist quaestio facti. Vgl. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 33.

[14] Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 66.

[15] Daselbst Nr. 67.

[16] Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 263. — Wenn der Commissionär die Einkaufs- und Verkaufsaufträge thatsächlich durch Abschlüsse mit Dritten ausgeführt hat, so kommt es darauf an, ob er für eigene Rechnung oder die des Auftraggebers gehandelt hat. Im letzteren Fall kann er nicht mehr als Selbstcontrahent eintreten. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 12. — „Das Recht des Commissionärs, als Selbstcontrahent einzutreten, ist bei Waaren, welche keinen Marktpreis oder Börsencurs haben, nach Art. 376 des H. G. B. ausgeschlossen." Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 264.

[17] H. G. B. Art. 370. Vgl. auch Busch a. a. O. 30. B. S. 317. Das Einstehen del credere kann sowohl bei der Einkaufs- wie bei der Verkaufscommission vorkommen. Es ist ein Haften für die Creditwürdigkeit und Leistungsfähigkeit, soll aber dem Commissionär rechtlich begründete Einreden des Dritten nicht entziehen.

[18] H. G. B. Art. 371 Abs. 2. Man beachte den Ausdruck „zur Ausführung gekommen ist", im Gegensatz gegen den Ausdruck „das Geschäft geschlossen — — ist" des vom Handelsmäkler handelnden Art. 82. S. auch Makower a. a. O. Art. 82 und 371.

begründet werden, daß Kläger (der Commissionär) selbst das anzukaufende Gut (Waaren, Wechsel und Werthpapiere, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben) als Verkäufer geliefert oder das (bezeichnete) zu verkaufende Gut als Käufer für sich behalten habe.[19]

c) „Für Geschäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen sind, kann eine Provision nicht gefordert werden; jedoch hat der Kommissionair das Recht auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist."[20]

Außerdem kann eine Provision auch dann verlangt werden, sofern sie besonders bedungen ist, z. B. für ein versuchtes, aber nicht zur Ausführung gekommenes Geschäft.

Nach diesen Angaben müßte zur Begründung der Klage auf die Provision u. A. hervorgehoben werden, daß Kläger für seinen Contrahenten nach specieller Uebernahme oder Handelsgebrauch einstehe (zu a); daß das Geschäft zur Ausführung gekommen sei (zu b); daß dies freilich nicht der Fall, aber die beanspruchte Auslieferungsprovision ortsgebräuchlich oder die Provision bedungen sei und deren Voraussetzungen eingetreten seien (zu c).

§. 194.

c. Speditionsgeschäft.

Die Rechte und Pflichten des Spediteurs sind im Allgemeinen (so weit der vom Speditionsgeschäft handelnde Titel 4 des H. G. B. keine abweichenden Bestimmungen darüber enthält) nach den Grundsätzen des Commissionsgeschäfts zu beurtheilen.[1]

Für die actiones mandati directa und contraria sind insbesondere zu beachten die Art. 383—385 des H. G. B., welche von dem gewöhnlichen Speditionsgeschäft abweichende, besondere Fälle betreffen.

Dieselben lauten:

Art. 383. „Ein Spediteur, welcher die Versendung durch Frachtführer oder Schiffer, jedoch mittelst von ihm für eigene Rechnung gemietheter Transportmittel besorgt, kann die gewöhnliche Fracht nebst der Provision und den sonstigen Kosten berechnen."

Art. 384. „Wenn ein Spediteur mit dem Absender oder Empfänger über bestimmte Sätze der Transportkosten sich geeinigt hat, so haftet er, in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung, für die von ihm

---

[19] H. G. B. Art. 376 und 377.

[20] H. G. B. Art. 371 Abs. 2. Unter Auslieferungsprovision wird die Provision verstanden, welche bei einer Verkaufscommission dann oft verlangt werden kann, wenn ohne Schuld des Commissionärs die Commission nicht ausführbar und deshalb die Sache zurückzuliefern ist. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 371.

[1] H. G. B. Art. 387.

angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer. Er ist in diesem Falle zur Provision nur dann berechtigt, wenn vereinbart ist, daß eine solche neben den bestimmten Sätzen der Transportkosten gefordert werden könne."

Art. 385. „Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, den Transport der Güter selbst auszuführen.

Wenn er sich dieser Befugniß bedient, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers und kann die gewöhnliche Fracht, die Provision und die bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten berechnen."

Wenn auf Grund des Art. 384 auf Schadensersatz mit der actio mandati directa geklagt wird, hat Kläger zu behaupten, daß durch die vom Beklagten angenommenen Zwischenspediteure oder Frachtführer ein Schaden veranlaßt sei und daß Beklagter dafür hafte, weil Parteien sich über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt hätten.

Im Fall der actio mandati contraria auf Grund des Art. 383 hat Kläger anzugeben, wenn es sich um die Fracht handelt, daß er die Versendung mittels von ihm für eigene Rechnung gemietheter Transportmittel besorgt habe und daß die verlangte Fracht die gewöhnliche[2] sei.

Wird im Fall des Art. 384 vom Spediteur[3] auf Provision geklagt, so wäre die Vereinbarung darüber zu behaupten.

Bei einer Klage auf Fracht und Unkosten nach Art. 385 müßte auch behauptet werden, daß die Fracht die gewöhnliche sei und die verlangten Unkosten sonst regelmäßig vorkämen.

Ein besonderes Verhältniß liegt auch dann vor, wenn der Spediteur sowohl vom Empfänger, als auch vom Absender beauftragt ist. Dann muß er zunächst den Auftrag des letzteren ausrichten, z. B. zunächst für Bezahlung sorgen, wenn er ohne solche das Gut nicht ausliefern darf.[4]

---

4. Gesellschaft (societas).

§. 195.

A. Im Allgemeinen.

Die Klage, mit welcher die Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage von den Gesellschaftern gegen dieselben geltend gemacht werden, ist die actio pro socio.

---

[2] Es ist also gleichgültig, wie viel der Spediteur selbst an Miethgeld bezahlt hat. Der Art. 383 schon, Art. 385 freilich noch mehr, entspricht dem vom Commissionär handelnden Art. 376.

[3] Im Fall des Art. 384 wird derselbe nicht selbst Frachtführer. Anders nach Art. 385.

[4] Vgl. Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 2. B. (München 1854), §. 129 unter 5.

Zur Begründung dieser Klage ist Folgendes hervorzuheben:

a) daß Kläger als Socius activ,

b) Beklagter als solcher passiv

zur Sache legitimirt seien;

c) daß es sich um Leistung von Sachen oder Diensten, Rechnungsablage, Berichterstattung, Herausgabe eines verhältnißmäßigen Antheils am Gewinn, verhältnißmäßige Erstattung von Verwendungen, Schadensersatz, Verzugszinsen, oder das Eine oder Andere u. d. m. handle[1];

d) ferner der Grund der Klage. Dieser besteht darin, daß ein Gesellschaftsvertrag[2] zwischen den Parteien, allein oder diesen und Anderen, abgeschlossen sei, d. h. eine in genossenschaftlicher Absicht[3] eingegangene Vereinigung derselben zur Erreichung eines rechtlich statthaften gemeinsamen[4] Vermögens- oder sonst gerichtlich zu schützenden Zwecks mit gemeinsamen Vermögensmitteln, wenn auch von ungleicher Art und von ungleichem Werth.[5] Im Uebrigen kommt es auf den Klagantrag an.

1) Wird auf Leistung von Sachen oder Diensten geklagt, so ist zu behaupten, daß diese nach Uebereinkunft oder mit Rücksicht auf den Zweck oder die Mittel der Gesellschaft geleistet werden müssen.[6]

---

[1] Auf eine Adjudication geht die actio pro socio nicht. L. 43 D. pro socio (17; 2). L. 1 D. comm. div. (10; 3).

[2] §. 17 J. de act. (4; 6). Wenn A. und B. socii sind und A. den C. als Socius annimmt, sind wegen Mangels eines Consenses nicht auch B. und C. socii. L. 19—23 D. h. t.

[3] L. 31, 33, 52 pr. D. h. t. Der Ankauf einer Sache von Mehreren in commune, z. B. auf einer Auction, um sich nicht zu überbieten, begründet keine Societät, es möchte denn die Absicht auf eine solche gerichtet sein. L. 31—33, 52 pr. D. h. t. L. 2 pr. D. comm. div. (10; 3). Seuffert's Archiv. 36. B. Nr. 196.

[4] L. 5 §. 2 D. h. t. Da bei der societas leonina der gemeinsame Vermögenszweck fehlt, indem der Gewinn einem Socius nicht mit zufallen soll, ist sie nichtig. L. 29 §. 2 D. h. t. Ist dies nicht möglich, weil schon etwas geschehen und deshalb eine Auseinandersetzung erforderlich ist, so ist der Antheil am Gewinn für den davon ausgeschlossenen Socius vom Gericht nach Billigkeit festzusetzen. Wenn übrigens die Erfordernisse einer Schenkung vorliegen, kommen die Grundsätze darüber zur Anwendung. v. Vangerow a. a. O. §. 651 Anm. 1 unter 1. Die Beiträge und Antheile am Gewinn können auch dem als arbitrium viri boni zu behandelnden Ermessen eines Socius und um so mehr eines Dritten überlassen werden (l. 6, l. 76—80 D. h. t.).

[5] L. 5 §. 1 D. h. t.

[6] In Ansehung der offenen Handelsgesellschaft bestimmt Art. 92 des H. G. B., daß ein Gesellschafter nicht verpflichtet sei, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen, oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen.

Bei der societas omnium bonorum sind im Gegensatz gegen die fingirte

2) Bei einer Klage auf Rechnungsablage, bezw. Berichterstattung muß behauptet werden, daß Beklagter als Gesellschafter und für die Gesellschaft Geschäfte geschlossen, administrirt, Einnahmen gehabt habe u. d. m., worüber eine Rechenschaft, bezw. Berichterstattung abzulegen sei. Ist aus der vom geschäftsführenden Socius beschafften offen vorliegenden Buchführung Alles ersichtlich, so kann wegen mangelnden Interesses eine Berichterstattung und Rechnungsablage nicht weiter gefordert werden.[7]

3) Wenn auf Herausgabe eines verhältnißmäßigen, im Zweifel relativ gleichen Antheils[8] am Gewinn geklagt wird, ist anzugeben, daß Beklagter als Gesellschafter und für die Gesellschaft[9] einen Gewinn erlangt habe. Dahin gehört z. B. jeder rechtliche Erwerb, mit Einschluß des durch Erbfolge, Vermächtniß, Schenkung, wegen Beleidigung u. d. m. erlangten bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft (societas omnium bonorum oder omnium fortunarum).[10]

Die Klage auf Ersatz für Verwendungen erfordert die Angabe, daß Kläger für die Gesellschaft[11] zufolge besonderen Auftrages oder unter nach-

---

Tradition körperlicher Sachen Forderungen erst pro parte zu cediren. L. 1 §. 1, l. 2, l. 3 pr. D. h. t.

[7] Vgl. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 227; auch Makower a. a. O. zu Art. 105.

[8] Bei wenigstens einigermaßen ungleichen Beiträgen an Sachen oder Diensten können auch ungleiche Antheile am Gewinn ebenso, wie Befreiung des einen Socius von der Mithaftung für Verlust, und natürlich demnach auch Belastung desselben mit einer geringeren Verlustquote, als seiner Gewinnquote entspricht, vereinbart werden. L. 29 pr. §. 1, l. 30 D. h. t. §. 2 J. de societate (3; 25). Kläger würde sich zur Geltendmachung eines größeren ungleichen Antheils am Gewinn u. s. w. nur auf die Vereinbarung zu stützen brauchen. Es wäre dann Sache des Beklagten, einzuwenden, daß wegen völliger Gleichheit der Beiträge die Vereinbarung ungültig sei. Dagegen könnte, wenn die Erfordernisse einer Schenkung vorlägen, die Replik der Schenkung vorgebracht werden.

[9] L. 52 §. 5 und 6, l. 53, l. 63 §. 9, l. 67 §. 1 D. h. t.

[10] L. 3 §. 1, l. 52 §. 16 und 17 D. h. t.

Die societas ohne Zusatz oder quaestus oder quaestus et compendii umfaßt freilich auch jeden Erwerb, aber doch nur den ex opera entstehenden, also mit Ausschluß des durch Erbfolge, Vermächtniß, Schenkung, Beleidigung u. d. m.; wie denn andererseits dabei auch nur die vom quaestus abhängigen Schulden in Anschlag zu bringen sind, ferner, abgesehen von conferirten vertretbaren Sachen, jeder Socius im Zweifel Eigenthümer seiner Sachen bleibt, mithin sie nicht ipso jure als tradirt gelten, auch die bei Eingehung der Societät ausstehenden Forderungen eines Socius nicht pro parte zu cediren sind. In allen diesen Beziehungen unterscheidet sie sich von der societas omnium bonorum. Eine beliebte particuläre Societät würde im Zweifel nur als societas quaestus anzusehen sein. L. 7—13, l. 58 pr., l. 71 §. 1 D. h. t. L. 13 §. 1 D. de praesc. verb. (19; 5). L. 45 §. 2 D. de acq. v. am. her. (29; 2).

[11] L. 52 §. 15 D. h. t.

folgender Ratihabition oder nothwendiger oder nützlicher Weise die Auslagen verwandt habe und daß der eingeklagte verhältnißmäßige Betrag dem Gesellschaftsvertrage entspreche. Bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft gehören zu den zu ersetzenden Verwendungen auch die zum Lebensunterhalt des Klägers aufgewendeten Kosten. Für das verwandte eigene Geld können erwachsene oder entgangene Zinsen beansprucht werden.[12]

4) Wird auf Schadensersatz wegen Verschuldens angetragen, so ist der Eintritt eines Schadens und eines wie großen durch Culpa[13] des Beklagten näher anzugeben. Beklagter kann sich durch die Einrede schützen, daß er sich auch in eigenen Angelegenheiten einer Culpa schuldig mache.[14] Dagegen ist wiederum die Replik möglich, daß Beklagtem eine culpa lata zur Last falle.

Wenn die Klage sich nicht auf die Culpa zu stützen braucht, also ein anderer Rechtsgrund schon vorliegt, z. B. es sich um Zurücklieferung einer erhaltenen Sache handelt, muß Beklagter behaupten, daß er ohne seine absolute oder doch relative culpa levis dazu nicht im Stande sei.

Die Erben eines Socius haben die von ihrem Erblasser begonnenen Geschäfte, die nicht ohne Nachtheil ruhen können, zu erledigen, es möchten denn die übrigen Genossen sie gleich gut erledigen können. Jene haften dann für dolus und culpa lata, die ihnen nachgewiesen werden müssen.[15]

5) Im Fall der Klage auf Schadensersatz wegen unzeitiger Kündigung ist der Schaden, die Unzeitigkeit der Kündigung und der Causalnexus zwischen beiden näher darzulegen. Unzeitig ist sie im Fall eines Dolus, oder wenn ungeachtet eines pactum, ne intra certum tempus abeatur a societate, doch vorher gekündigt wird.[16]

---

[12] L. 67 §. 2 D. h. t.

[13] L. 52 §. 11 D. h. t. Als Culpa gilt auch die einseitige Zuziehung eines Socius von Seiten eines Socius. Letzterer muß daher seinen früheren sociis oder den später allseitig angenommenen unbedingt, auch ohne Beachtung einer relativen Culpa, für die von ersterem verursachten, zu ersetzenden Schäden haften, und zwar kann nicht einmal mit den herbeigeführten Vortheilen, sofern sie und die Schäden auf verschiedenen Thatsachen im weiteren Sinne beruhen, compensirt werden. L. 23 D. h. t. Letzteres versteht sich übrigens zufolge einer allgemeinen bei der Societät, wie auch sonst, abgesehen von einer negotiorum gestio, geltenden Regel von selbst. L. 25 und 26 D. h. t. H. G. B. Art. 94. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 23. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 42.

[14] L. 72 D. h. t. In der Uebernahme von taxationis causa ästimirten Sachen liegt, sofern solches den Umständen nach der Absicht der Parteien entspricht, die Uebernahme der Haftung für custodia plena, d. h. s. g. diligentia in abstracto. L. 52 §. 3 D. h. t.

[15] L 40 D. h. t.

[16] Bei der unzeitigen Kündigung gilt die Regel: „Socium a se, non se a socio liberat.“ L. 65 §. 3 und 6 D. h. t.

6) Wenn auf theilweise zu leistenden Ersatz desjenigen Schadens geklagt wird, den ein Socius durch ein von ihm wirklich oder angeblich begangenes Delict erlitten hat, so ist zu behaupten, daß der Beklagte den durch das Delict erzielten Gewinn, obschon er jenes als Erwerbsgrund kannte, zum Theil angenommen habe; oder daß Kläger ohne seine Schuld als angeblicher Delinquent verurtheilt sei, und eine societas omnium bonorum vorliege[17] oder der Schaden bei Ausrichtung der Societätsangelegenheiten entstanden sei.

7) Der Socius kann nämlich auch den bei Ausrichtung der Societätsangelegenheiten erlittenen zufälligen Schaden pro parte ersetzt verlangen.[18] Er braucht hier nur zu behaupten, daß er bei Ausrichtung der Societätsangelegenheiten den Schaden erlitten habe, z. B. von Räubern geplündert sei.[19]

e) Der Antrag. Dieser ergibt sich aus den Bemerkungen zu c.

B. Insbesondere von den Handelsgesellschaften.

§. 196.

Allgemeine Uebersicht.

Es gelten nach dem Handelsgesetzbuch nebst den Zusätzen dazu über Handelsgesellschaften (im weiteren Sinne, d. h. mit Einschluß der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften) manche besondere Grundsätze.

Zu unterscheiden sind:

a) die offene Handelsgesellschaft;
b) die Commanditgesellschaft im Allgemeinen;
c) die Commanditgesellschaft auf Actien;
d) die Actiengesellschaft;
e) die stille Gesellschaft;

---

[17] L. 52 §. 17 — l. 56 D. h. t. Arndts a. a. O. §. 318.

[18] L. 52 §. 4, l. 60 §. 1, l. 61 D. h. t.

[19] Die Gesellschafter sollen in Beziehung auf Gewinn und Verlust im Zweifel ganz gleich behandelt werden. Demnach würde der Socius, der nur den Werth seines Antheils erhalten hat, subsidiär auch dann auf theilweise vorzunehmende Ausgleichung mit der act. pro socio belangt werden können, wenn der andere Socius von dem zunächst Verpflichteten, z. B. dem Käufer der gemeinsamen Sache, oder dem dritten Socius, Nichts oder weniger als den Werth seines Antheils erhalten könnte. L. 62, l. 63 §. 5, l. 67 pr. D. h. t. Anders ist es bei einer communio incidens oder unter Miterben. C. 12 C. dep. v. contra (4; 34). Ueber eine Ausnahme bei der Societät s. l. 8 §. 3 D. de neg. gest. (3; 5) und unten §. 254 Note 32.

f) die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

a) „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder anderer Förmlichkeiten nicht."[1]

Ueber die erforderliche Anmeldung der Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft von den Gesellschaftern bei dem Handelsgericht, die Eintragung in das Handelsregister und die Bekanntmachung s. H. G. B. Art. 86—89 und 12—14. Die rechtliche Wirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältniß zu dritten Personen mit der Eintragung in das Handelsregister oder dem Beginn der Geschäfte der Gesellschaft ein.

H. G. B. Art. 110.

b) „Eine Kommanditgesellschaft ist vorhanden, wenn bei einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen[2] betheiligen (Kommanditisten), während bei einem oder mehreren anderen Gesellschaftern die Betheiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist (persönlich haftende Gesellschafter).

---

[1] H. G. B. Art. 85. „Die Abrede, daß ein von einem Einzelkaufmann betriebenes Handelsgeschäft von seiner Wittwe und Kindern nach den Regeln der particularrechtlich bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft fortgeführt werden solle", enthält nicht die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft zwischen der Wittwe und den Kindern. Auch nicht die einer Commanditgesellschaft. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 57. Desgl. nicht die einer stillen Gesellschaft. Es fehlt schon an der erforderlichen Absicht, solche Gesellschaften zu errichten. — Zu beachten ist, daß bei der offenen Handelsgesellschaft und auch bei der Commanditgesellschaft, desgl. der Commanditgesellschaft auf Actien die Gesellschafter, bezw. die persönlich haftenden für die Schulden der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen nicht blos subsidiär bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens, sondern auch principaliter in Anspruch genommen werden können. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 48. Streitig ist es aber, ob das gegen die Gesellschaft erwirkte Erkenntniß auch ohne Weiteres gegen das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters vollstreckbar sei. Dies ist anzunehmen, weil die Verurtheilung der Gesellschaft auch als Verurtheilung des Gesellschafters zu behandeln ist. Vgl. dagegen Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 799—801, und Puchelt, Commentar zum H. G. B., 2. Auflage 1. B. (Leipzig 1876), zu Art. 112.

[2] Diese brauchen, wie der Ausdruck „Vermögenseinlagen" ergibt, nicht Geldeinlagen zu sein. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 139. Dagegen sind Dienstleistungen keine Vermögenseinlagen. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 150. Die Einlage braucht nicht eine eingezahlte, im Gegensatz gegen eine versprochene, zu sein. H. G. B. Art. 165. Endemann a. a. O. §. 49 Note 8. Vgl. auch noch H. G. B. Art. 180.

Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Gesellschaft.

Zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung nicht."[3]

Ueber die Anmeldung der Errichtung einer Commanditgesellschaft von sämmtlichen Gesellschaftern bei dem Handelsgericht, die Eintragung in das Handelsregister und die Bekanntmachung s. H. G. B. Art. 151—156 und 12—14. Im Verhältniß zu dritten Personen tritt die rechtliche Wirksamkeit einer Commanditgesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister oder dem Beginn der Geschäfte der Gesellschaft ein. H. G. B. Art. 163.

c) „Das Kapital der Kommanditisten" (also nicht des Complementairs) „kann in Aktien oder Aktienantheile zerlegt werden.

Die Aktien oder Aktienantheile müssen auf Namen lauten" (wegen der persönlichen Beziehungen der Actionaire zum Complementair). „Sie müssen auf einen Betrag von mindestens funfzig Vereinsthalern gestellt werden, wenn nicht die Landesgesetze nach Maaßgabe der besonderen Bedürfnisse einen geringeren Betrag gestatten. Aktien oder Aktienantheile, welche auf Inhaber lauten, oder welche auf einen geringeren als den gesetzlich bestimmten Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen."[4]

„Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht.

Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages" (Statuts) „muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden.[5] Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung."[6]

---

[3] H. G. B. Art. 150. Es fehlt eine besondere Bezeichnung für diejenige Commanditgesellschaft, welche nicht eine solche auf Actien ist. Mithin ist es wohl zu empfehlen, den Ausdruck „Commanditgesellschaft" ohne Zusatz immer nur von jener und den Ausdruck „C. G. auf Actien" stets, wenn von solcher die Rede ist, zu gebrauchen.

[4] H. G. B. Art. 173 und Gesetz vom 11. Juni 1870. Nach dem H. G. B. ist der Gesichtspunkt der Commanditgesellschaft gegenüber dem der Actiengesellschaft der bevorzugte.

[5] Fehlt es an dieser Förmlichkeit, so ist weder nach Außen, noch nach Innen hin, also weder in Beziehung auf Dritte, noch in Beziehung auf die Gesellschafter, die vorliegende Gesellschaft vorhanden. Ob eine andere Gesellschaft oder ein anderer Vertrag angenommen werden könne, ist nach den Grundsätzen über die Conversion zu entscheiden.

[6] H. G. B. Art. 174 und Gesetz vom 11. Juni 1870. — Die schriftliche Er-

„Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten:

1) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;

2) die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;

3) den Gegenstand des Unternehmens;

4) die Zeitdauer des Unternehmens, im Fall dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;

5) die Zahl und den Betrag der Aktien oder Aktienantheile;

6) die Bestimmung, daß ein Aufsichtsrath von mindestens drei Mitgliedern aus der Zahl der Kommanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse;

7) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Generalversammlung der Kommanditisten geschieht;

8) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind." [7]

Ueber die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern bei dem Handelsgericht, die Eintragung in das Handelsregister und die Veröffentlichung s. H. G. B. Art. 176—179 und 12—14. Insbesondere ist zu beachten, daß vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister die Commanditgesellschaft auf Actien als solche nicht besteht. Art. 178.[8]

d) „Eine Gesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn sich die sämmtlichen Gesellschafter nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.

---

klärung, welche im Zweifel als Acceptation, nicht als Offerte, aufzufassen ist, kann auch durch einen Stellvertreter erfolgt sein. Dabei genügt ein mündlicher Auftrag des Vertretenen oder eine mündliche Genehmigung. So auch bei Actiengesellschaften und Genossenschaften. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 83. Eine Beglaubigung der schriftlichen Erklärung ist nicht erforderlich. Die schriftliche Erklärung muß eine ausdrückliche sein. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 80. Sie muß sich auch auf eine bereits mit einem bestimmten Statut versehene Gesellschaft beziehen, so daß die spätere mündliche Genehmigung des nachträglich festgestellten Statuts nicht genügt. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 95.

[7] H. G. B. Art. 175 und Gesetz vom 11. Juni 1870. Fehlt es an dem einen oder anderen der unter 1—8 aufgeführten Erfordernisse, so kommt es in Betreff der Frage nach der Gültigkeit des Vertrages auf die Umstände an. Ist der Mangel ein außerwesentlicher, z. B. wenn bei 1 nur der Vorname des persönlich haftenden Gesellschafters nicht angegeben, dessen Identität aber unzweifelhaft ist, so ist der Gesellschaftsvertrag, und zwar der des H. G. B. Art. 175, gültig. Wenn der Fehler ein wesentlicher ist, so kann ein solcher Gesellschaftsvertrag des H. G. B. Art. 175 nicht angenommen werden; vielleicht aber ein anderer.

[8] Der Gesellschaftsvertrag muß bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die

Das Gesellschaftskapital wird in Aktien oder in Aktienantheile zerlegt.

Die Aktien oder Aktienantheile sind untheilbar.

Dieselben können auf Inhaber oder auf Namen lauten.

Die Aktien oder Aktienantheile müssen, wenn sie auf Namen lauten, auf einen Betrag von mindestens funfzig Vereinsthalern, wenn sie auf Inhaber lauten, auf einen Betrag von mindestens Einhundert Vereinsthalern gestellt werden. Bei Versicherungsgesellschaften müssen auch solche Aktien und Aktienantheile, welche auf Namen lauten, auf einen Betrag von mindestens Einhundert Vereinsthalern gestellt werden.

Aktien oder Aktienantheile, welche auf einen geringeren Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Der Nominalbetrag der Aktien oder Aktienantheile darf während des Bestehens der Gesellschaft weder vermindert noch erhöht werden.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen.

Eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht.

Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages" (Statuts) „muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. Zur Aktienzeichnung" (die im Zweifel als Acceptation zu betrachten ist) „genügt eine schriftliche Erklärung.

Der Gesellschaftsvertrag muß insbesondere bestimmen:

1) die Firma und den Sitz der Gesellschaft;

2) den Gegenstand des Unternehmens;

3) die Zeitdauer des Unternehmens, im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;

Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden. Der letztere muß enthalten das Datum des Gesellschaftsvertrages und die im Texte unter 1, 2, 5 und 8 angegebenen Punkte. Durch die Eintragung wird der auch ohne solche gültige Gesellschaftsvertrag, soweit die Eintragung ihrem Inhalte nach reicht, Dritten, also dem ganzen Publikum gegenüber, ein bindendes jus publicum. Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 34. Der Vorstand u. s. w. kann aber sehr wohl durch Handlungen, welche in die Zeit vor der Eintragung fallen, pflichtwidrig gehandelt haben und in Folge der Eintragung dafür dritten Beschädigten, welche ein pflichtmäßiges Verhältniß annehmen konnten, verantwortlich sein. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 6. Dasselbe gilt auch von einem rechtswidrigen Verhalten nach der Eintragung, wenn es sich auch nicht um eingetragene Punkte handelt. Nur tritt dann der Gesichtspunkt eines Delicts, im Gegensatz gegen den eines Contracts, in den Vordergrund. H. G. B. Art. 176 und 178.

4) die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien oder Aktienantheile;

5) die Eigenschaft der Aktien, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt werden sollen, ingleichen die etwa bestimmte Zahl der einen oder anderen Art, sowie die etwa zugelassene Umwandlung derselben;

6) die Bestellung eines Aufsichtsrathes von mindestens drei, aus der Zahl der Aktionaire zu erwählenden Mitgliedern;

7) die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, sowie die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt;

8) die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft;

9) die Form, in welcher die Zusammenberufung der Aktionaire geschieht;

10) die Bedingungen des Stimmrechts der Aktionaire und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird;

11) die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Aktionaire, sondern nur durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß gefaßt werden kann;

12) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind[9] — — — — — — — — — —."

Ueber die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes bei dem Handelsgericht, die Eintragung in das Handelsregister und die Veröffentlichung s. H. G. B. Art. 210—212 und 12—14. Vor erfolgter Eintragung besteht die Actiengesellschaft als solche nicht. Artikel 211.[10]

---

[9] H. G. B. Art. 207—209 und Gesetz vom 11. Juni 1870. Vgl. Note 7.

[10] Der Gesellschaftsvertrag muß bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden. Letzterer muß enthalten das Datum des Gesellschaftsvertrages und die im Texte unter 1, 2, 3, 4, 5 und 12 angegebenen Punkte; jedoch die unter 3 und 5 angegebenen nur theilweise. H. G. B. Art. 210. Durch die Eintragung (Art. 211) wird der Vertrag juris publici. S. Note 8. — Die Actiengesellschaft weicht mehr als alle anderen Handelsgesellschaften von einer gewöhnlichen Societät ab und nähert sich am meisten einer juristischen Person. Eine eigentliche juristische Person ist aber auch sie an sich doch nicht. Kein Gesetz hat sie dazu gemacht und die Natur der Sache ist wegen Mangels eines öffentlichen Interesses an der Schaffung einer juristischen Person dagegen. Im Allgemeinen verweise ich in dieser Hinsicht auf Puchelt a. a. O. zu Art. 213, welcher die juristische Persönlichkeit auch der Actiengesellschaft verneint. Einer der neuesten Bearbeiter des Deutschen

Einer staatlichen Genehmigung bedarf es nach neuestem Recht weder bei der Actiengesellschaft, noch bei der Commanditgesellschaft auf Actien.

e) „Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt.

Zur Gültigkeit des Vertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder sonstiger Förmlichkeiten nicht." [11]

f) „Die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung [12] bedarf einer schriftlichen Abfassung nicht und ist sonstigen Förmlichkeiten nicht unterworfen." [13] —

Wenn nun aus einem der angegebenen Gesellschaftsverträge geklagt wird, so müßten streng genommen alle wesentlichen Erfordernisse des Vertrages in der Klage angegeben werden. Dies würde bei einem Vertrage über eine Commanditgesellschaft auf Actien oder eine Actiengesellschaft etwas umständlich sein. Wenn der Streitpunkt zwischen den Parteien sich nicht auf jene Erfordernisse bezieht, mithin auch anzunehmen ist, daß Beklagter daraus und aus dem Mangel der vollständigen Angabe der Erfordernisse nicht einen Einwand herleiten werde, wird der Kläger es wohl wagen können, sich etwas kürzer zu fassen, als die Re-

---

Privatrechts, Stobbe, erklärt sie indessen für eine juristische Person (2. Auflage, §. 58). Ebenso Endemann a. a. O. §. 56 IV und §. 61 I, sowie manche Andere. Vgl. auch Jolly, Das Recht der Actiengesellschaften, in der Zeitschrift für Deutsches Recht 11. B. (Tübingen 1847), S. 317—449, namentlich S. 337—343, und Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 55.

Ueber die geschichtliche Entwickelung der Actiengesellschaften vgl. Endemann a. a. O. §. 55.

[11] H. G. B. Art. 250. Soll der stille Gesellschafter am Verlust nicht Theil nehmen, so kommen nicht die besonderen Grundsätze des H. G. B. über die stille Gesellschaft, sondern nur die allgemeinen Grundsätze des H. G. B. und die des gemeinen Rechts über Gesellschaften zur Anwendung. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 215. — Zu beachten ist, daß das H. G. B. die stille Gesellschaft, sowie auch die s. g. Gelegenheitsgesellschaft nicht als Handelsgesellschaft bezeichnet. Es ist aber doch jene als Gesellschaft bezeichnet. Wenn Einige meinen, es habe zur Schöpfung der stillen Gesellschaft neben dem Darlehn kein Bedürfniß vorgelegen, vorausgesetzt, daß Darlehn auch gegen Dividende zugelassen werde (Endemann a. a. O. §. 54 Note 1), so kann ich diese Auffassung nicht theilen. Nur als Nothbehelf könnte sie vielleicht ausreichen.

[12] Hierin liegt schon die Begriffsbestimmung dieser s. g. Gelegenheitsgesellschaft. Insbesondere ist dabei zu beachten, daß nur von einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften, nicht von einem Handelsgewerbe die Rede ist, daß ein rechtlich gesondertes Gesellschaftsvermögen nicht existirt und nach Außen überhaupt eine Gesellschaft nicht vorhanden ist. Vgl. Makower a. a. O. zu §§. 266—270 Note 1 und 4.

[13] H. G. B. Art. 266.

gel es mit sich brächte, zumal wenn es sich um Gesellschaften handelt, welche schon lange bestanden haben und schon wiederholt gerichtlich als zu Recht bestehende anerkannt sind. Indessen ist es doch immer rathsam, auch eine chicaneuse Einrede der mangelhaften Substantiirung unmöglich zu machen und sich auf die Nachsicht des Richters nicht zu verlassen; also alle wesentlichen Erfordernisse zu behaupten. Dies kann aber unter Umständen allgemein dadurch geschehen, daß behauptet wird, es sei unter Beobachtung der wesentlichen Vorschriften des H. G. B. Art. 173—175 und des Gesetzes vom 11. Juni 1870 eine Commanditgesellschaft auf Actien, sowie der Art. 207—209 und des Gesetzes vom 11. Juni 1870 eine Actiengesellschaft geschlossen; wobei freilich jedenfalls Einzelnes thatsächlich noch etwas genauer hervorgehoben werden müßte.

Auch ist zu beachten, daß, sofern Kläger sich auf eine Anerkennung des Gesellschaftsvertrages als eines gültig geschlossenen von Seiten des Beklagten stützt, er die gültige Vertragsschließung der Regel nach nicht genauer zu substantiiren braucht.

---

a. Klagen aus der offenen Handelsgesellschaft.

§. 197.

I. Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

1. **Eine große Anzahl der im H. G. B. Art. 90—109 über das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander aufgestellten Grundsätze** gelten bei einer jeden, auch nicht handelsrechtlichen, offenen Gesellschaft. Dahin gehören namentlich folgende Bestimmungen:

A. daß die Gesellschaft dem Gesellschafter für die Auslagen, welche er in Gesellschaftsangelegenheiten gemacht, und für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben übernommen hat, verhaftet sei[1];

B. daß ihm für Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, die Gesellschaft verhaftet sei[2];

C. daß für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte ihm ein Anspruch auf Vergütung nicht zustehe[3];

D. daß jeder Gesellschafter verpflichtet sei, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiß und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in

---

[1] H. G. B. Art. 93 Abs. 1. Vgl. oben §. 195 unter d zu 4.

[2] H. G. B. Art. 93 Abs. 1. Vgl. oben §. 195 Note 18, und Makower a. a. O. zu Art. 93.

[3] H. G. B. Art. 93 Abs. 3.

seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[4]; daß er der Gesellschaft für den Schaden hafte, welcher ihr durch sein Verschulden entstanden ist[5]; daß er gegen diesen Schaden nicht die Vortheile aufrechnen könne, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seinen Fleiß verschafft hat[6];

E. daß ein Gesellschafter, welcher seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt, oder eingenommene Gesellschaftsgelder nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert, oder unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, von Rechtswegen zur Entrichtung von Zinsen seit dem Tage verpflichtet sei, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen oder die Herausgabe des Geldes erfolgt sei[7];

F. daß die Verpflichtung zum Ersatze des etwa entstandenen größeren Schadens und die übrigen rechtlichen Folgen der Handlung hierdurch nicht ausgeschlossen würden[8];

G. daß ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen könne und daß, wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Antheile betheiligt oder seinen Antheil an denselben abtritt, dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte erlange; er insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt sei[9];

H. daß jeder Gesellschafter, auch wenn er nicht in dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft thätig ist, sich persönlich von dem Gange der Geschäftsangelegenheiten unterrichten könne; daß er jederzeit in das Geschäftslocal kommen, die Handlungsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und auf ihrer Grundlage eine Bilanz zu seiner Uebersicht anfertigen könne; sowie daß, wenn in dem Gesellschaftsvertrage ein Anderes bestimmt worden, diese Bestimmung ihre Wirkung verliere, wenn eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen werde[10]; u. s. w.

In diesen Fällen würde zur Begründung der actio pro socio u. A. behauptet werden müssen:

A. daß die Auslagen in Gesellschaftsangelegenheiten gemacht seien, oder daß Kläger Verbindlichkeiten wegen derselben übernommen habe;

---

[4] H. G. B. Art. 94 Abs. 1.

[5] H. G. B. Art. 94 Abs. 2.

[6] Daselbst. Vgl. oben §. 195 Note 13, und Makower a. a. O. zu Art. 94.

[7] H. G. B. Art. 95 Abs. 1.

[8] H. G. B. Art. 95 Abs. 2.
Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 95.

[9] H. G. B. Art. 98. Vgl. oben §. 195 Note 13.

[10] H. G. B. Art. 105.

B. daß Kläger unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich seien, die Verluste erlitten habe;

C. daß dem Kläger für seine Bemühungen eine Vergütung unter seiner Acceptation zugesagt sei;

D. daß, wenn es sich um einen lediglich auf das Verschulden des Beklagten zu stützenden Anspruch handelt, Beklagter sich in Culpa befunden, wobei die Behauptung einer absoluten Culpa genügt, während es andererseits Sache des Beklagten wäre, geltend zu machen, daß er auch in eigenen Angelegenheiten sich einer solchen culpa levis schuldig mache[11];

E. daß Beklagter seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit eingezahlt oder eingenommene Gesellschaftsgelder nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abgeliefert oder unbefugt Gelder aus derselben für sich entnommen und deshalb Zinsen zu entrichten habe, und zwar seit dem anzugebenden Tage, an welchem die Zahlung oder Ablieferung hätte geschehen sollen oder das Geld entnommen sei;

F. daß ein größerer Schaden entstanden, mithin zu ersetzen sei;

G. daß Kläger mit Einwilligung der übrigen Gesellschafter von einem Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen oder an dessen Antheil betheiligt sei oder ihn abgetreten erhalten habe;

H. daß Kläger Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft sei und, wenn einer entgegenstehenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrage vom Kläger erwähnt ist, daß Beklagter sich einer Unredlichkeit in der Geschäftsführung schuldig gemacht habe[12]; u. s. w.

J. Als besonderer, aber auch nicht blos bei Handelsgesellschaften zur Anwendung zu bringender Fall verdient der im Art. 101 des H. G. B. behandelte hervorgehoben zu werden. Dieser Artikel bestimmt:

> „Die im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschaftern geschehene Uebertragung der Geschäftsführung kann, so lange die Gesellschaft dauert, nicht ohne rechtmäßige Ursache widerrufen werden.
>
> Die Beurtheilung, ob eine rechtmäßige Ursache vorliege, bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.

---

[11] Wenn die Klage auf einen anderen Umstand, als das Verschulden, gestützt werden kann, z. B. die Pflicht zur Rechnungsablegung oder zur Rücklieferung erhaltener Sachen, braucht Kläger ein Verschulden gar nicht zu behaupten, vielmehr hat Beklagter anzugeben, daß er ohne sein Verschulden außer Stande sei, die Rechnungsablegung oder die Rücklieferung zu beschaffen.

[12] Hat Kläger der entgegenstehenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrage nicht erwähnt, so kann er eine bezügliche Einrede abwarten und braucht dann erst in der Replik sich auf die Unredlichkeit zu berufen.

Der Widerruf kann insbesondere in den im Artikel 125. Ziffer 2. bis 5. bezeichneten Fällen für begründet erklärt werden."

Diese Fälle sind:

„2) wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;

3) wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;

4) wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht;

5) wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird."

Zur Begründung der actio pro socio auf Widerruf müßte Folgendes behauptet werden:

a) in Betreff des Klägers, daß dies außer dem Beklagten die übrigen Gesellschafter seien;

b) in Betreff des Beklagten, daß dies der oder die Gesellschafter seien, gegen welche der Widerruf gerichtet sei;

c) in Betreff des Gegenstandes, daß es sich darum handle, den Widerruf der dem oder den Beklagten geschehenen Uebertragung der Geschäftsführung für begründet zu erklären;

d) in Betreff des Grundes, daß im Gesellschaftsvertrage dem oder den Beklagten die Geschäftsführung übertragen sei, daß die Gesellschaft noch fortdauere, daß eine rechtmäßige Ursache zum Widerruf vorliege, nämlich einer der im Art. 125 unter 2—5 genannten Fälle oder ein anderer anzugebender Grund;

e) in Betreff des Antrages, daß der Richter den Widerruf für begründet erklären möge.[13]

2. Die Art. 90—109 des H. G. B. enthalten nun auch einige blos bei offenen Handelsgesellschaften geltende Grundsätze.

Nach Art. 93 Abs. 2 z. B. kann der Gesellschafter von den vorgeschossenen Geldern vom Tage des geleisteten Vorschusses an Zinsen fordern.

In dieser Allgemeinheit kann ein Gleiches nicht bei anderen Gesellschaften angenommen werden, indem vielmehr Zinsen nur dann verlangt werden können, wenn Kläger nachzuweisen vermöchte, daß er sonst anderweitig die beanspruchten Zinsen habe erlangen können oder gar zahlen müssen. Dieser Nachweis wird freilich meistens leicht zu erbringen sein.

Bei der offenen Handelsgesellschaft würde zur Begründung der Klage

[13] Die Legitimation des Beklagten zur alleinigen Geschäftsführung wird erst durch den rechtskräftigen Richterspruch beseitigt.

auf Zinsen nur zu behaupten sein, daß und an welchem Tage Gelder vorgeschossen seien.

Nach Art. 96 und 97 des H. G. B. darf ein Gesellschafter „ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehmen.

Eine Genehmigung der Theilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft ist schon dann anzunehmen, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt war, daß der Gesellschafter an jener Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehme und gleichwohl das Aufgeben der Theilnahme nicht ausdrücklich bedungen worden ist."[14]

„Ein Gesellschafter, welcher den vorstehenden Bestimmungen zuwiderhandelt, muß sich auf Verlangen der Gesellschaft gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden; auch kann die Gesellschaft statt dessen den Ersatz des entstandenen Schadens fordern; alles dieses unbeschadet des Rechts, die Auflösung des Gesellschaftsvertrages in den geeigneten Fällen herbeizuführen.

Das Recht der Gesellschaft, in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten oder Schadensersatz zu fordern, erlischt nach drei Monaten, von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem die Gesellschaft von dem Abschlusse des Geschäfts Kenntniß erhalten hat."[15]

Wenn auf Grund dieser Art. 96 und 97 die actio pro socio angestellt wird, so ist namentlich geltend zu machen:

1) daß die Kläger die übrigen Gesellschafter seien;

2) daß Beklagter der Gesellschafter sei, welcher zuwider gehandelt habe;

3) daß Eintritt der Gesellschaft in ein von dem Beklagten für eigene Rechnung gemachtes Geschäft oder Schadensersatz, in geeigneten Fällen auch Auflösung des Gesellschaftsvertrages verlangt werde;

4) weil Beklagter ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte gemacht oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil genommen habe.

5) Der Antrag ergibt sich im Allgemeinen aus dem unter 3 Bemerkten. Im Fall des verlangten Eintritts in ein Geschäft würde auf

---

[14] Art. 96. Vgl. auch Art. 56 und 59. Anders in Ansehung des Commanditisten (Art. 159) und natürlich auch des stillen Gesellschafters (Makower a. a. O. zu Art. 253 Note 4).

[15] Art. 97. Vgl. auch Art. 56 und 59.

Anerkennung und Abtretung angetragen werden können. Hiermit concurrirt blos electiv der Anspruch auf Schadensersatz. Von letzterem allein kann nur dann die Rede sein, wenn es sich nicht um ein für eigene Rechnung des Beklagten gemachtes Geschäft handelt. Der Antrag auf Auflösung in geeigneten Fällen concurrirt cumulativ mit jenen Anträgen.

Wegen einer etwaigen Genehmigung oder Verjährung müßte Beklagter eine Einrede vorbringen.

§. 198.

II. Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft zu dritten Personen.

Hierüber handeln die Art. 110—122 des H. G. B. Die dort aufgestellten Grundsätze, wenn sie auch vielfach in einzelnen Hinsichten für die Begründung einer Klage von Werth sind, bieten doch kein erhebliches allgemeines Interesse dar. Auch ist das Wichtigste schon bei der Legitimation zur Sache und zum Proceß in den §§. 12, 13, 15 und 16 berührt worden.

Ueber die Auslegung des Art. 122 vgl. jedoch die E. d. R. G. i. C. 5 B. Nr. 13. Ich muß die Ansicht des Reichsgerichts, daß die Eröffnung des Concurses über eine offene Handelsgesellschaft auf die Klagen der Gläubiger derselben gegen die Gesellschafter auf Befriedigung aus deren Privatvermögen einen hemmenden Einfluß habe, so daß während des Concurses die Verjährung ruhe und erst nach Beendigung desselben auf den Ausfall geklagt werden könne, für richtig halten. Ich nehme also nicht an, daß während des Concurses aufs Ganze geklagt und vom Beklagten dann nur Abtretung der Ansprüche des Klägers gegen die Concursmasse (das Gesellschaftsvermögen) oder Restitution des dem Kläger aus dem Gesellschaftsvermögen im Concurse demnächst Zufallenden verlangt werden könne. Denn jenes gilt unzweifelhaft bei einer eingetragenen Genossenschaft. Vgl. unten §. 210 unter III zu 4. Und weshalb nicht eine offene Handelsgesellschaft dieser gleichgestellt werden sollte, wüßte ich nicht.[1]

Im Allgemeinen wird noch darauf hingewiesen, daß diejenigen Beziehungen, in Ansehung welcher die offene Gesellschaft einer juristischen Person gleich behandelt wird, namentlich das Verhältniß der Gesellschaft zu dritten Personen angehen.[2] Ein Gleiches gilt von allen denjenigen Gesellschaften u. s. w., die juristische Personen sein sollen.

---

[1] Vgl. auch l. 65 §. 14 D. pro soc. (17; 2), und Busch a. a. O. 34. B. S. 192. S. andererseits Puchelt a. a. O. zu Art. 122, insbesondere Note 2.

[2] Vgl. Endemann a. a. O. §§. 32—47.

§. 199.

III. Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben.

Es ist hierbei zu unterscheiden:
1) die Klage auf Auflösung,
2) die Klage auf Ausscheidung,
3) die Klage auf Ausschließung.

Zu 1, der Klage auf Auflösung.

A. Der Grund der Klage besteht in einem der nachstehenden Umstände, welche thatsächlich genügend dargelegt werden müssen.

a. „Die Gesellschaft wird aufgelöst:

1) durch die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft[1];

2) durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll[2];

3) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Gesellschafter[3] oder durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur selbstständigen Vermögensverwaltung[4];

4) durch gegenseitige Uebereinkunft;

5) durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen ist, sofern nicht die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzen; in diesem Falle gilt sie von da an als auf unbestimmte Dauer eingegangen;

6) durch die von Seiten eines Gesellschafters geschehene Aufkündigung, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer eingegangen ist.

Eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft ist als eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer zu betrachten.“[5]

---

[1] Ein Gleiches gilt natürlich von jeder Commanditgesellschaft (Art. 170, 200) und der Actiengesellschaft (Art. 242).

[2] Tod des Commanditisten, Actionairs und stillen Gesellschafters heben die Gesellschaft nicht auf (Art. 170, 200, 242, 264). Vgl. in Ansehung des Commanditisten Endemann a. a. O. §. 53 unter I zu B.

[3] Concurs des Commanditisten hat dieselbe Wirkung (Art. 170), ebenso der des stillen Gesellschafters (Art. 261); nicht der Concurs des Commanditisten bei der Commanditgesellschaft auf Actien (Art. 200); selbstverständlich auch nicht der eines Actionairs.

[4] Es gilt dasselbe, was in Note 2 bemerkt ist (Art. 170, 200, 242, 264).

[5] H. G. B. Art. 123. Derselbe gilt im Allgemeinen auch bei jeder Commanditgesellschaft (Art. 170 und 200) und bei der stillen Gesellschaft (Art. 261).

„Die Aufkündigung einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer Seitens eines Gesellschafters muß, wenn nicht ein Anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft erfolgen.“[6]

b. „Ein Gesellschafter kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung verlangen, sofern hierzu wichtige Gründe vorhanden sind.“[7]

„Die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruchs dem Ermessen des Richters überlassen.“[8]

„Die Auflösung kann insbesondere ausgesprochen werden:

1) wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gemeinschaftlichen Zwecks unmöglich wird“;

2—5) aus den bereits im §. 197 unter J 2—5 aufgeführten Gründen.[9]

c. „Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, es mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein, Behufs seiner Befriedigung nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

Die Aufkündigung muß mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft geschehen.“[10]

B. Kläger kann sein:

a) im Fall zu A a:

ein Gesellschafter oder mehrere Gesellschafter oder ein Dritter, wenn er ein rechtliches Interesse zu klagen hat, z. B. der Erbe eines Gesellschafters oder der Massepfleger im Concurse eines Gesellschafters oder auch ein sonstiger Dritter, welcher gegen die Gesellschaft eine erst bei Auflösung der Gesellschaft fällig werdende Forderung hat;

---

[6] H. G. B. Art. 124. Derselbe gilt auch bei jeder Commanditgesellschaft (Art. 170 und 200); desgl. bei der stillen Gesellschaft (Art. 261).

[7] H. G. B. Art. 125 Abs. 1.

[8] H. G. B. Art. 125 Abs. 2.

[9] H. G. B. Art. 125 Abs. 3. Dieser Artikel gilt gleichfalls bei jeder Commanditgesellschaft (Art. 170, 200).

[10] H. G. B. Art. 126. Der Art. 126 enthält keine Härte gegenüber den anderen Gesellschaftern, weil sie ja durch Befriedigung des Gläubigers die Auflösung der Gesellschaft abwenden können. Es gilt der Art. 126 auch für die Commanditgesellschaft (Art. 170) und die stille Gesellschaft (Art. 263); nicht für die Commanditgesellschaft auf Actien (Art. 200).

b) im Fall zu A b:

ein Gesellschafter[11];

c) im Fall zu A c:

der Privatgläubiger eines Gesellschafters.[12]

C. Beklagter ist:

a) im Fall zu A a:

ein Gesellschafter oder mehrere Gesellschafter, sofern sie die Auflösung nicht anerkennen wollen;

b) im Fall zu A b:

der Gesellschafter, welcher die Auflösung nicht anerkennen will, mag dies derjenige sein, welcher sich vergangen hat oder ein anderer;

c) im Fall zu A c:

der Gesellschafter, welcher der Auflösung widerspricht, sei dies der Privatschuldner oder ein anderer.

D. Der Gegenstand der Klage ist die vom Beklagten anzuerkennende[13] oder im Fall zu A b die vom Richter auszusprechende Auflösung der Gesellschaft.[14] Außerdem kann die jetzt oder späterhin vorzunehmende Vermögensauseinandersetzung Gegenstand der Klage sein. Wenn sie sofort durch den Richter vorgenommen werden soll, so müßte das zu dem Zweck erforderliche gesammte Material thatsächlich genügend vorgebracht werden.

E. Der Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu D.

§. 200.

Zu 2 und 3, den Klagen auf Ausscheidung und Ausschliessung eines Gesellschafters.

Das H. G. B. bestimmt hierüber namentlich Folgendes:

Art. 127. „Wenn die Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft übereingekommen sind, daß, ungeachtet des Ausscheidens[1] eines oder mehrerer Gesellschafter, die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll, so endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausschei-

---

[11] H. G. B. Art. 125.

[12] H. G. B. Art. 126.

[13] Das dabei nach der C. P. O. §. 231 erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung durch richterliche Entscheidung wird sich meistens von selbst ergeben. Sonst müßte es näher dargelegt werden.

[14] In diesem Fall wirkt erst der rechtskräftige Richterspruch auflösend; jedoch mit Rückwirkung auf die Zeit des Antrages (Puchelt a. a. O. zu Art. 123 unter 2 und Art. 125 unter 2), sofern nicht Rechte Dritter durch selbige verletzt werden.

[1] Das Ausscheiden kann nicht blos ein nothwendiges (z. B. in Folge Todes), sondern auch ein freiwilliges sein.

denden; im Uebrigen besteht sie mit allen ihren bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort."

Art. 128. „Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Artikel 125.), so kann anstatt derselben auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden, sofern die sämmtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen."[2]

Art. 130. „Wenn ein Gesellschafter ausscheidet oder ausgeschlossen wird, so erfolgt die Auseinandersetzung der Gesellschafter mit demselben auf Grund der Vermögenslage, in welcher sich die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens oder zur Zeit der Behändigung[3] der Klage auf Ausschließung befindet.

An den späteren Geschäften, Rechten und Verbindlichkeiten nimmt der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene nur insofern Antheil, als dieselben eine unmittelbare Folge dessen sind, was vor jenem Zeitpunkte bereits geschehen war.

Der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene muß sich die Beendigung der laufenden Geschäfte in der Weise gefallen lassen, wie sie nach dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter am vortheilhaftesten ist.

Jedoch ist er, wenn eine frühere vollständige Auseinandersetzung nicht möglich ist[4], berechtigt, am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Rechnungsablage über die inzwischen erledigten Geschäfte, sowie die Auszahlung der ihm hiernach gebührenden Beträge zu fordern; auch kann er am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres den Nachweis über den Stand der noch laufenden Geschäfte fordern."

Art. 131. „Ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter muß sich die Auslieferung seines Antheils am Gesellschaftsvermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen; er hat kein Recht auf einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft."[5]

Art. 132. „Macht ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem nach Artikel 126. ihm zustehenden Rechte Gebrauch, so können die übrigen Gesellschafter auf Grund eines einstimmigen Beschlusses statt der Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung und die Auslieferung

[2] Die Art. 127 und 128 gelten auch für jede Commanditgesellschaft (Art. 170 und 200).

[3] Man darf hieraus nicht ableiten, daß nicht erst das rechtskräftige Urtheil ausschließend wirke. Vgl. auch Makower a. a. O. zu Art. 128 Note 13 b.

[4] Kann er eine solche Möglichkeit genügend darlegen und im Leugnungsfalle beweisen, so kann er sofort auf vollständige Auseinandersetzung klagen.

[5] Anders nach gemeinem Recht. Vgl. auch Makower a. a. O. zu Art. 131.

des Antheils des Schuldners nach den Bestimmungen der vorhergehenden Artikel vornehmen; der letztere ist dann als aus der Gesellschaft ausgeschieden zu betrachten."[6]

Zur Begründung der Klage auf Ausscheidung, bezw. Ausschließung eines Gesellschafters müßte namentlich Folgendes hervorgehoben werden:

A. Hinsichtlich des Klägers, daß dieser activ zur Sache legitimirt sei.

Bei der Klage auf Ausscheidung können die übrigen Gesellschafter oder einer oder einige derselben Kläger sein.

Bei der Klage auf Ausschließung müssen alle übrigen Gesellschafter klagen. Denn hier sollen sämmtliche übrigen Gesellschafter auf Ausschließung antragen, während dort nur eine Uebereinkunft vor der Auflösung, bezw. einstimmiger Beschluß nothwendig ist, beides aber einer Klage eines Einzelnen vorhergegangen sein kann.

B. Hinsichtlich des Beklagten ist die Passivlegitimation zur Sache zu behaupten.

Passiv legitimirt sind:

bei der Klage auf Ausscheidung, der auszuscheidende Gesellschafter, sowie dessen Successoren im weiteren Sinne (Erben, oder Massepfleger, Privatgläubiger u. s. w.) oder einer oder mehrere der übrigen Gesellschafter;

bei der Klage auf Ausschließung, der auszuschließende Gesellschafter.

C. Der Gegenstand ist die Anerkennung der Ausscheidung oder die Ausschließung mit den in den Art. 130 und 131 angegebenen Wirkungen. Wenn eine Auseinandersetzung in Betreff der Vermögensverhältnisse sofort vom Gericht mitvorgenommen werden soll, so weit solches schon geschehen kann, so müssen die erforderlichen thatsächlichen Angaben vom Kläger gemacht, auch muß bemerkt werden, ob die Auslieferung des Antheils nach Art. 131 in einer Geldsumme geschehen solle.

D. Der Grund der Klage auf Ausscheidung ergibt sich der Hauptsache nach aus Art. 127 und Art. 132, sowie der auf Ausschließung aus Art. 128. In beiden Fällen ist der Umstand zu betonen, daß Beklagter die Ausscheidung, bezw. Ausschließung nicht gelten lassen wolle und daher die Klage erforderlich geworden sei.[7]

E. Der Antrag ist dahin zu richten, daß das Gericht auf Anerkennung der Ausscheidung, bezw. auf Ausschließung mit den daran

---

[6] Die Art. 130—132 gelten auch bei der Commanditgesellschaft (ohne Zusatz, also mit Ausschluß der Commanditgesellschaft auf Actien) in Betreff aller Gesellschafter (Art. 172).

[7] Es ist zu beachten, daß bei einer nur aus 2 Personen bestehenden Gesellschaft von unseren Klagen nicht die Rede sein kann. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 103. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 39.

geknüpften gesetzlichen Wirkungen im Allgemeinen erkennen, insbesondere auch die etwa geltend gemachte sofortige Vermögensauseinandersetzung vornehmen möge.

§. 201.

IV. Von der Liquidation der Gesellschaft[1]

und

V. von der Verjährung der Klage gegen die Gesellschafter[2]

ist für unser Thema im besonderen Theile Nichts von Belang zu bemerken.

§. 202.

b. Klagen aus der Commanditgesellschaft im Allgemeinen.

Es gelten meistens die für die offene Gesellschaft gegebenen Bestimmungen[1], soweit nicht die Natur der Sache[2] dem entgegensteht. Einzelne Abweichungen sind bereits früher hervorgehoben. Außerdem sind namentlich folgende Punkte zu beachten:

I. „Ein Kommanditist darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen und an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehmen.“[3]

---

[1] H. G. B. Art. 133—145. Vgl. Endemann a. a. O. §. 47, und Puchelt a. a. O. zu Art. 133—145.

[2] H. G. B. Art. 146—149. Vgl. Puchelt a. a. O. zu Art. 146—149.

[1] H. G. B. Art. 157, 169, 170 Abs. 2, 171 Abs. 3 und 172. Nach den E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 33 tritt bei der einfachen Commanditgesellschaft der Commanditist in Bezug auf die Einlage zu den Gläubigern in ein unmittelbares, nach Maßgabe der eingetragenen Betheiligungserklärung begründetes Rechtsverhältniß, so daß im Concurse über das Vermögen der Gesellschaft der Concursverwalter auch zur Klage auf Zahlung der rückständigen Einlage in Gemäßheit der Eintragung unmittelbar befugt ist und etwaige Einwendungen der Gesellschaft gegenüber nicht in Betracht kommen. In der Eintragung liegt eine Offerte an das Publikum, welche durch Entstehung einer Obligation für einen Gläubiger von diesem acceptirt wird, so daß daraus die unmittelbare, und zwar vertragsmäßige Haftung sich von selbst ergibt. Diese unmittelbare Haftung würde übrigens auch in Ansehung einer versprochenen, aber nicht oder nicht ganz eingetragenen Einlage gelten. Es genügt die Eintragung des Commanditisten. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 28. — Ueber die sonstige „Zulässigkeit der directen Klage eines Gesellschaftsgläubigers gegen den Commanditisten nach Auflösung der Gesellschaft“ s. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 57.

[2] H. G. G. Art. 158, 161 Abs. 2 und 3, 165.

[3] H. G. B. Art. 159. Der Grund der Bestimmung dieses Artikels liegt darin,

II. „Jeder Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

Die im Artikel 105." (des H. G. B.) „bezeichneten weiteren Rechte eines offenen Gesellschafters stehen einem Kommanditisten nicht zu.

Jedoch kann das Handelsgericht auf den Antrag eines Kommanditisten, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen."[4]

Die Begründung der Klage auf Mittheilung der jährlichen Bilanz u. s. w. ergibt sich im Allgemeinen von selbst.

1) Kläger ist ein Commanditist; natürlich sind auch mehrere als active Streitgenossen legitimirt.

2) Beklagter ist ein zuwiderhandelnder persönlich haftender Gesellschafter.

3) Der Gegenstand ist die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz sammt Gestattung der Prüfung der Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere.

4) Der Grund ist die Theilnahme des Klägers als Commanditisten an der Commanditgesellschaft.

5) Der Antrag folgt aus dem Gegenstande.

Im Fall des Art. 160 Abs. 3 läßt sich sowohl ein eigentlicher Civilproceß, als auch ein Verfahren, wie in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, denken. Nach dem Wortlaut des Art. 160 Abs. 3 und mit Rücksicht auf das in gewisser Weise öffentliche Interesse an der ordnungsmäßigen Betreibung des Geschäfts u. s. w. ist letzteres als Regel anzusehen, und nicht blos dann anwendbar, wenn beide Theile gemeinsam um die Entscheidung des Gerichts über die Wichtigkeit der von einer Seite geltend gemachten Gründe nachsuchen. Wenn dagegen das Privatinteresse des Complementairs und des Commanditisten allein in Betracht kommt, so würde, wenn auch nicht nothwendiger, so doch zweckmäßiger Weise ein civilprocessualisches Verfahren einzuleiten sein. Ebenso nothwendig dann, wenn das Handelsgericht die Sache auf den Rechtsweg verwiesen hätte oder der bezüglichen Anordnung des Handelsgerichts nicht Folge geleistet sein sollte.

Zur Begründung der Klage wäre hervorzuheben:

1) Die Legitimation des Klägers. Dieser ist ein Commanditist.

---

daß der Commanditist zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet ist. Art. 158.

[4] H. G. B. Art. 160.

2) Die des Beklagten, welcher ein persönlich haftender Gesellschafter ist.

3) Der Gegenstand, welcher in der gegenwärtigen Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere besteht.

4) Der Grund. Dieser liegt in der Existenz der Commanditgesellschaft, dem Vorliegen wichtiger Gründe und überdies entweder einem besonderen Grunde zur Klagerhebung, ohne vorgängige Angehung des Handelsgerichts behufs außerprocessualischer Erledigung, z. B. dem lediglich hervortretenden Privatinteresse der Parteien oder der Verweisung der Sache von Seiten des angegangenen Handelsgerichts auf den Proceßweg oder der bereits außerprocessualisch erfolglos getroffenen Anordnung des Handelsgerichts.[5]

5) Der sich aus der Bemerkung zu 3 ergebende Antrag.

III. „Ist über die Höhe der Betheiligung an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so wird dieselbe nach richterlichem Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, festgestellt."[6]

Auch in diesem Fall läßt sich sowohl ein civilprocessualisches, als auch ein der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechendes Verfahren denken. Es wird aber hier ersteres die Regel bilden, weil ein öffentliches Interesse hier nicht vorliegt.

Letzteres wird namentlich dann anwendbar sein, wenn beide Theile gemeinsam auf richterliche außerprocessualische Feststellung antragen.

Die Begründung der Klage ergibt sich von selbst.

IV. „Wenn ein Kommanditist stirbt oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge.

Im Uebrigen gelten die in den Artikeln 123. bis 128. für die offene Gesellschaft gegebenen Bestimmungen auch für die Kommanditgesellschaft."[7]

---

[5] Vgl. auch unten §. 206 den Text zu Note 2; Makower a. a. O. zu Art. 160, und Busch a. a. O. 33. B. S. 110.

[6] H. G. B. Art. 162. Ebenso bei der stillen Gesellschaft nach Art. 254. Bei einer offenen Handelsgesellschaft wird Gewinn und Verlust, in Ermangelung einer anderen Vereinbarung, unter die Gesellschafter nach Köpfen vertheilt. Art. 109.

[7] H. G. B. Art. 170. Bei einer Commanditgesellschaft auf Actien gilt eine gleiche Bestimmung; jedoch mit den beiden Abweichungen, daß auch dann, wenn der Commanditist in Concurs verfällt, dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge hat und daß Art. 126 in Bezug auf die Privatgläubiger eines Commanditisten keine Anwendung findet. Art. 200.

c. Klagen aus der Commanditgesellschaft auf Actien.

§. 203.

I. Im Allgemeinen.

Das H. G. B. enthält in dieser Beziehung namentlich in den Art. 186—191 und 194—196 Bestimmungen von Wichtigkeit. Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen ist in Beziehung auf die Legitimation des Klägers Folgendes zu beachten:

1) Die Proceßfähigkeit haben die persönlich haftenden Gesellschafter, die Mitglieder des Aufsichtsraths, die einzelnen Commanditisten; aber nicht die Gesellschaft, der Aufsichtsrath und die Gesammtheit der Commanditisten. Diese müssen also immer vertreten werden.

2) Die active oder passive Legitimation zur Sache kann allen unter 1 Genannten zustehen, auch der Gesellschaft, dem Aufsichtsrath und der Gesammtheit der Commanditisten.

3) Eine Legitimation zum Proceß ist nothwendig:

a) Bei Klagen für oder gegen die Gesellschaft. Sie wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter vor Gericht vertreten; durch alle gemeinsam, wenn dies besonders bestimmt ist, sonst durch einen oder einige, da in dieser Hinsicht die bei der offenen Handelsgesellschaft geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen müssen. Die Legitimation erfordert daher nur ausnahmsweise die Behauptung und den Nachweis, daß die Vertreter die gesammten persönlich haftenden Gesellschafter seien.

b) Bei Klagen für oder gegen den Aufsichtsrath, welcher durch die Mitglieder desselben vertreten wird.

c) Bei Klagen für oder gegen die Gesammtheit der Commanditisten. Sie wird bei Processen gegen die persönlich haftenden Gesellschafter regelmäßig durch den Aufsichtsrath, d. h. alle Mitglieder desselben, ausnahmsweise durch besondere Bevollmächtigte vertreten; bei Processen gegen den Aufsichtsrath oder Mitglieder desselben stets durch besondere Bevollmächtigte.

Die Legitimation des Aufsichtsraths, also aller Mitglieder desselben, ist nicht einfach. Dabei ist der Regel nach mit genauer Angabe der einzelnen thatsächlichen Umstände[1] zu behaupten und nachzuweisen:

---

[1] Wird blos allgemein behauptet, daß die im Text unter 1—4 folgenden Punkte erfüllt seien, so ist oft mit Grund eine Rüge wegen Dunkelheit zu besorgen. Ein Gleiches gilt von allen ähnlichen Fällen, z. B. wenn nach den Statuten von Gilden

1) daß der Aufsichtsrath, und zwar nicht mehr Personen, als die Vertreter im Proceß, nach Inhalt des Vertrages[2] in einer Generalversammlung der Commanditisten gewählt sei;

2) daß diese Generalversammlung dem Gesellschaftsvertrage und den Gesetzen gemäß berufen und abgehalten sei;

3) daß die Generalversammlung den Proceß zu führen beschlossen habe;

4) daß auch diese Generalversammlung dem Vertrage und den Gesetzen gemäß berufen und abgehalten sei.

In Betreff der Legitimation der besonderen Bevollmächtigten müßte ebenso genau behauptet und nachgewiesen werden:

1) daß die Commanditisten selbst in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auftreten wollen oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einen Proceß zu führen haben;

2) daß die Bevollmächtigten entweder in einer Generalversammlung gewählt worden, oder, weil aus einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung gehindert sei, das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernannt habe;

3) daß der Entschluß zu 1 und die Wahl oder die beantragte gerichtliche Ernennung zu 2 dem Vertrage und den Gesetzen gemäß gefaßt oder ausgeführt sei.

§. 204.

II. Einzelne Klagen.

Abgesehen von denjenigen besonderen Klagen, welche sich nach den Erörterungen über die Commanditgesellschaften im Allgemeinen von selbst ergeben, mögen namentlich folgende hier berührt werden.

1) Klage des Aufsichtsraths oder der Commanditisten gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auf Vorlegung einer Bilanz.

Das H. G. B. Art. 185 bestimmt:

„Die persönlich haftenden Gesellschafter sind verpflichtet, dem Aufsichtsrath und den Kommanditisten spätestens in den ersten sechs Monaten

---

der gewählte Vorstand zur Vertretung bei Processen berufen ist. Hier ist auch der Regel nach besonders thatsächlich genau anzugeben, daß die Vorstandsmitglieder ordnungsmäßig gewählt seien u. s. w.

[2] Vgl. H. G. B. Art. 175 unter 6 und Gesetz vom 11. Juni 1870: „Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten:

6. die Bestimmung, daß ein Aufsichtsrath von mindestens drei Mitgliedern aus der Zahl der Kommanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse.“

jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen."

Zur Begründung der Klage ist hervorzuheben:

a) Die Legitimation des Klägers. Dies ist der Aufsichtsrath, wenn es sich um dessen eigene Verantwortlichkeit handelt, ferner die Gesammtheit der Commanditisten[1], welche durch jenen, eventuell durch besondere Bevollmächtigte vertreten werden muß.

b) Die Legitimation des Beklagten, welches die persönlich haftenden Gesellschafter sind. Ob dieselben als Streitgenossen verklagt werden müssen oder einzeln verklagt werden können, kommt auf die Umstände an. Ist die Bilanz noch nicht angefertigt oder unterzeichnet, so sind alle persönlich haftenden Gesellschafter zu belangen, weil die Bilanz von allen unterzeichnet werden muß. H. G. B. Art. 30.

Ist sie bereits angefertigt und von allen unterzeichnet, so würde jeder persönlich haftende Gesellschafter auch allein verklagt werden können.

c) Der Gegenstand: die Vorlegung der Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres.

d) Der Grund der Klage. Dieser besteht in der Commanditgesellschaft auf Actien[2] und dem Ablauf der ersten sechs Monate des gegenwärtigen Geschäftsjahres.

e) Der dem unter c Bemerkten entsprechende Antrag.

2) Die Klage der Mitglieder des ersten Aufsichtsraths auf eine Vergütung.

Hierüber bestimmt Art. 192 des H. G. B.:

„Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrathes darf eine Vergütung für die Ausübung ihres Berufs nur durch einen nach Ablauf des ersten

---

[1] Einen einzelnen Commanditisten kann ich nicht für legitimirt ansehen. H. G. B. Art. 186. A. M. wenigstens bei Actiengesellschaften das R. O. H. G. Dasselbe gibt dem Einzelactionair ein Klagerecht auf Befolgung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften von Seiten der Gesellschaft. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 76. Diese Auffassung dürfte dem Art. 224 des H. G. B. nicht entsprechen; auch nicht der Natur der Sache, da es sich nicht um Sonderinteressen des einzelnen Actionairs, sondern um Gesammtinteressen der Actionaire handelt. Es kann aber der einzelne Commanditist oder Actionair accessorisch interveniren. H. G. B. Art. 194 Abs. 2, 195 Abs. 3, 226. — Vgl. übrigens auch E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 53, und Endemann a. a. O. §. 63 unter III und §. 71 Note 10.

[2] Sie erfordert einen gültigen Gesellschaftsvertrag, eine gesetzliche Anmeldung behufs Eintragung in das Handelsregister und die erfolgte Eintragung. Das braucht aber nicht besonders behauptet und substantiirt zu werden, weil bei einer Klage gegen die persönlich haftenden Gesellschafter auf Vorlegung der Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres die Sache jedenfalls so liegt, daß Beklagte das Bestehen der Commanditgesellschaft auf Actien als solcher anerkannt haben müssen. Vgl. oben §. 196 a. E. und §. 210 Note 4.

Geschäftsjahres einzuholenden Beschluß der Generalversammlung der Kommanditisten bewilligt werden. Ist die Vergütung früher oder in einer anderen als der vorstehenden Weise bewilligt, so ist die Festsetzung ohne rechtliche Wirkung."

Die Begründung erfordert:

a) Die Darlegung der Legitimation des Klägers. Dies ist ein Mitglied oder mehrere oder sämmtliche Mitglieder des ersten Aufsichtsraths. Ein einzelnes Mitglied kann nur seinen Antheil oder die ihm gerade bewilligte Vergütung einklagen. Der Aufsichtsrath als solcher kann die vorliegende Klage nicht erheben.

b) Die Legitimation des Beklagten. Dies sind die persönlich haftenden Gesellschafter, ausnahmsweise in Gemeinschaft, in Vertretung der Gesellschaft.

c) Die Angabe des Gegenstandes: der Vergütung.

d) Die Klagbegründung im engsten Sinne. Zu dem Zwecke ist hervorzuheben, daß die Vergütung für die Ausübung des Berufs des Klägers durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres eingeholten, ordnungsmäßig gefaßten Beschluß der ordnungsmäßig berufenen Generalversammlung der Commanditisten bewilligt worden sei.[3]

e) Ein Antrag auf Zahlung der Vergütung.

3) Die Klage des Aufsichtsraths wegen Ueberwachung der Verwaltung und Prüfung der Jahresrechnungen, Bilanzen und Vorschläge zur Gewinnvertheilung.

Das H. G. B. Art. 193 lautet:

„Der Aufsichtsrath überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen ihrer Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung Bericht zu erstatten."

a) Kläger ist der Aufsichtsrath im eigenen Namen, da es sich um dessen eigene Verantwortlichkeit handelt, indem eine Vernachlässigung der Ueberwachung und Prüfung ihn selbst haftbar machen würde. Er hat also nur seine gesetzliche Existenz darzulegen.

b) Beklagte sind die persönlich haftenden Gesellschafter als die Geschäftsführer.

c) Gegenstand der Klage ist die Gestattung der Ueberwachung der

[3] Vgl. auch Note 2.

Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen ihrer Verwaltung, die Unterrichtung von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft, die Gewährung der Einsicht in die Bücher und Schriften derselben zu jeder Zeit, der Untersuchung des Bestandes der Gesellschaftskasse, der Prüfung der Jahresrechnungen, der Bilanzen und der Vorschläge zur Gewinnvertheilung. Alles, was mit diesem Gegenstande nothwendig in Verbindung steht, ist auch Gegenstand der Klage, namentlich die Gewährung dessen, was zur Erfüllung der bezeichneten einzelnen Gegenstände erforderlich ist, sowie die Erledigung von Notaten.

d) Der Grund der Klage besteht im Allgemeinen nur in dem Vorhandensein einer Commanditgesellschaft auf Actien.[4] Insbesondere bedarf es nicht einer Genehmigung der Generalversammlung der Actionaire. Auch ein entgegenstehender Beschluß derselben würde nicht hinderlich sein.

e) Der Antrag folgt aus dem zu c Bemerkten.

In der Klage müssen diese Punkte genau hervorgehoben werden.

4) Außer den aufgeführten Klagen kann es noch manche andere geben, z. B. der persönlich haftenden Gesellschafter, ausnahmsweise in Gemeinschaft, gegen Commanditisten auf Einzahlung des Rückstandes[5]; Dritter gegen Commanditisten[6] oder gegen die Mitglieder (alle oder einzelne) des Aufsichtsraths[7]; der Commanditisten gegen den Aufsichtsrath oder einzelne Mitglieder desselben, u. d. m.[8]

Die Begründung dieser Klagen ist einfach. Sie werden auch selten vorkommen.

§. 205.

d. Klagen aus der Actiengesellschaft.

Bei der Actiengesellschaft interessiren uns:
die Gesellschaft und einzelne Actionaire;
der Vorstand und einzelne Vorstandsmitglieder;
der Aufsichtsrath und einzelne Mitglieder desselben;
die Generalversammlung, und
dritte Personen.

---

[4] Vgl. Note 2.

[5] H. G. B. Art. 184: „So lange der Betrag einer Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, bleibt der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstandes an die Gesellschaft verpflichtet; die Gesellschaft kann ihn dieser Verbindlichkeit nicht entlassen."

[6] H. G. B. Art. 197 Abs. 3.

[7] H. G. B. Art. 204.

[8] H. G. B. Art. 195.

Bezüglich der Gesellschaft[1], des Vorstandes[2], des Aufsichtsraths[3], bezw. einzelner Mitglieder derselben, der Generalversammlung[4] und dritter Personen[5] gelten im Allgemeinen gleiche Grundsätze, wie bei der Commanditgesellschaft auf Actien. Jedoch tritt an die Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter bei letzterer der Vorstand der Actiengesellschaft[6], und zwar der Regel nach sämmtliche Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft. Auch ist dabei zu beachten, daß der Betrieb von Geschäften der Gesellschaft, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Bezug auf diese Geschäftsführung auch sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten der Gesellschaft zugewiesen werden kann. In diesem Falle bestimmt sich die Befugniß derselben nach der ihnen ertheilten Vollmacht; sie erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.[7]

Die im §. 204 unter 1—4 erwähnten besonderen Klagen sind auch hier anwendbar.

Namentlich sind verschiedene, die Actionaire, die Mitglieder des Vorstandes, oder Liquidatoren oder die Mitglieder des Aufsichtsraths, als Beklagte, betreffende Klagen hervorzuheben.

I. Klage gegen Actionaire auf Einzahlung des gezeichneten Actienbetrages.

1) Die Klage ist bei dem Gerichte, welchem Beklagter sonst unterworfen ist, oder beim Gericht der Gesellschaft[8], anzubringen.

2) Kläger ist der Vorstand, d. h. der Regel nach sämmtliche Mitglieder des Vorstandes in Vertretung der Gesellschaft. Wie das R. O. H. G. in dessen Entscheidung im 22. B. Nr. 81 richtig bemerkt, sind die Gläubiger der Actiengesellschaft nicht activ zur Sache legitimirt.

3) Beklagter ist ein Actionair oder mehrere.

4) Der Gegenstand ist die Einzahlung des Actienbetrages nebst ge-

---

[1] H. G. B. Art. 213, 164.

[2] H. G. B. Art. 227, 196. Vgl. Endemann a. a. O. §. 60.

[3] H. G. B. Art. 225, 226, 191, 192, 194, 195.

[4] H. G. B. Art. 224, 186.

[5] H. G. B. Art. 217, 218, 197.

[6] H. G. B. Art. 227, 196.

[7] H. G. B. Art. 234.

[8] C. P. O. §. 23. Wenn bisher auf diesen §. 23 keine Rücksicht genommen ist, so liegt der Grund nicht darin, daß er bei den früher dargestellten Klagen nicht anwendbar wäre, sondern nur darin, daß er bei ihnen seltener von Bedeutung sein wird. Er kann recht wohl auch bei anderen Gesellschaften, als Actiengesellschaften, anwendbar sein, wenn nur die Gesellschaft als solche verklagt werden kann. C. P. O. §. 19. Das kann sogar ja auch eine offene Handelsgesellschaft. H. G. B. Art. 111.

setzlichen Verzugszinsen von der vom Kläger nachzuweisenden Zeit an, zu welcher hätte eingezahlt werden sollen.[9]

5) Der Grund ist das Bestehen der Actiengesellschaft, die Zeichnung des Actienbetrages durch Beklagten und die vergeblich geschehene vertragsmäßige, eventuell gesetzliche Aufforderung zur Einzahlung.[10]

6) Der Antrag geht auf Verurtheilung zur Zahlung des Actienbetrages.

Gegen die durch genaue Hervorhebung der angegebenen Punkte zu begründende Klage können verschiedene Einreden vorgebracht werden. Dahin gehören:

1) Die Einrede der Zuvielforderung, indem schon ein Theil der eingeklagten Summe bezahlt sei.

2) Die Einrede der Befreiung. Wenn die Actien oder Actienantheile auf Inhaber gestellt werden, kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß und unter welchen Maßgaben nach erfolgter Einzahlung von vierzig[11] Procent die Befreiung des Zeichners von der Haftung für weitere Einzahlungen zulässig sei.[12]

Wenn die Actien auf Namen lauten, wird der Actionair, solange der Betrag der Actie nicht vollständig eingezahlt ist, „durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Anderen von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt und ihn der Verbindlichkeit entläßt.“[13]

„Auch in diesem Falle bleibt der austretende Aktionair auf Höhe

---

[9] H. G. B. Art. 220 Abs. 1. „Der Aktionair ist nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen, als den für die Aktie statutenmäßig zu leistenden Beitrag.“ H. G. B. Art. 219. Das Gesetz, betreffend die Umwandlung von Actien in Reichswährung, vom 16. December 1875, gestattet freilich ungeachtet des Art. 207a Abs. 3 solche Umwandlung, wenn sie vor dem 1. Januar 1878 beschlossen und zum Handelsregister angemeldet worden ist. Es gewährt aber kein Klagerecht gegen den einzelnen Actionair auf Nachzahlung, wenn von der Generalversammlung die Umwandlung gesetzmäßig beschlossen ist. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 97. Denn es handelt sich dabei um ein s. g. Individualrecht des Actionairs. Wenn jedoch derselbe zugestimmt hat, sei es in der Generalversammlung oder nachträglich, so würde ein Klagerecht hierauf gegründet werden können.

[10] H. G. B. Art. 221. Vgl. im Uebrigen oben §. 196 a. E., §. 204 Note 2 und unten §. 210 Note 4.

[11] Nach dem Gesetz vom 11. Juni 1870 werden diejenigen Landestheile, welche die Höhe der Einzahlung auf 25 Procent des Nominalbetrages der Actie herabgesetzt haben, hierdurch nicht berührt.

[12] H. G. B. Art. 222 Ziffer 3.

[13] H. G. B. Art. 223 Abs. 2.

des Rückstandes für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch auf ein Jahr, vom Tage des Austritts an gerechnet, subsidiarisch verhaftet."[14]

Hieraus könnte eine Replik gegen die Einrede der Befreiung abgeleitet werden. Hätte Kläger selbst schon in der Klage die Befreiung zugegeben, so müßte er auch in der Klage die Entkräftung derselben darlegen, namentlich daß es sich um Deckung von Verbindlichkeiten, die vor dem Austritt eingegangen, handle und daß der neue Erwerber zahlungsunfähig sei.

II. Klage gegen Actionaire auf Conventionalstrafe.[15]

„Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages oder eines Theils desselben Konventionalstrafen ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen festgesetzt werden; — — —."[16]

Es wäre in der Klage u. A. insbesondere zu behaupten, daß im Gesellschaftsvertrage eine solche Bestimmung enthalten und daß der Fall der verzögerten Einzahlung eingetreten sei.

III. Klage gegen Actionaire wegen Verlustes ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Actien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft.[17]

Es kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, „daß die säumigen Aktionaire ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Aktien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen".[18]

„Ist im Gesellschaftsvertrage keine besondere Form, wie die Aufforderung zur Einzahlung geschehen soll, bestimmt, so geschieht dieselbe in der Form, in welcher die Bekanntmachungen der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage überhaupt erfolgen müssen (Artikel 209. Ziff. 11.)."[19]

„Jedoch kann in keinem Fall ein Aktionair seines Anrechts verlustig erklärt werden, wenn nicht die Aufforderung zur Zahlung mindestens dreimal in den hierzu bestimmten öffentlichen Blättern (Artikel 209. Ziff. 11.), das letzte Mal wenigstens vier Wochen vor dem für die Einzahlungen gesetzten Schlußtermine, bekannt gemacht worden ist. Wenn

---

[14] H. G. B. Art. 223 Abs. 3.

[15] Bei der Commanditgesellschaft auf Actien gilt bezüglich einer Conventionalstrafe nichts Besonderes.

[16] H. G. B. Art. 220 Abs. 2.

[17] H. G. B. Art. 220 Abs. 2 und Art. 221.

[18] H. G. B. Art. 220 Abs. 2. Die Ausübung der Bestimmung des Art. 220 Abs. 2 gegen Actionaire hebt deren Verpflichtung zu weiteren Einzahlungen auf. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 7.

[19] H. G. B. Art. 221 Abs. 1.

die Aktien auf Namen lauten und ohne Einwilligung der übrigen Aktionaire nicht übertragbar sind, so kann die Bekanntmachung dieser Aufforderungen durch besondere Erlasse an die einzelnen Aktionaire statt der Einrückungen in die öffentlichen Blätter erfolgen."[20]

Im Fall einer Klage wäre u. A. namentlich hervorzuheben, daß der Gesellschaftsvertrag die bezügliche Bestimmung enthalte und daß die Säumigkeit des Beklagten vorliege. In letzterer Hinsicht müßte behauptet und näher dargelegt werden, daß die vertragsmäßig oder gesetzlich vorgeschriebene Form für die Aufforderung zur Einzahlung beobachtet, auch die erwähnte Frist von 4 Wochen abgelaufen sei.

IV. Von den Klagen Dritter gegen Actionaire kommt insbesondere die Klage auf Rückgabe empfangener Zinsen und Dividenden in Betracht.

Zur Begründung dieser Klage würde zu behaupten sein:

1) die Zuständigkeit des Gerichts, d. i. desjenigen, dem Beklagter überhaupt unterworfen ist[21];

2) die Legitimation des Klägers zur Sache, die jedem durch die Zahlung von Zinsen und Dividenden verletzten Gläubiger der Gesellschaft zusteht;

3) die Legitimation des Beklagten zur Sache, welche darin liegt, daß derselbe als Actionair Zinsen und Dividenden erhalten habe[22];

4) der Gegenstand, die Rückgabe der Zinsen und Dividenden;

5) der Grund, daß die Zahlung derselben rechtswidrig erfolgt sei.

---

[20] H. G. B. Art. 221 Abs. 2.

[21] Der §. 23 der C. P. O. ist hier nicht anwendbar, da es sich um eine Klage Dritter handelt.

[22] Es fragt sich, wie die Klage des Gläubigers gegen den Actionair zu construiren sei. An sich ist sie auffällig. Man könnte meinen (s. z. B. Endemann a. a. O. §. 61 Note 18), es könnte nur der Gläubiger gegen die Gesellschaft und diese gegen den Actionair klagen. Bei allen Eintragungen in das Handelsregister treten die Interessenten, also auch die Actionaire, mit dem gesammten Publikum in Verkehr. Es liegt in der Eintragungsbewirkung die allgemeine Zusage, daß das Eingetragene wahr sei und daß dasselbe s. w. d. a. gehalten werden solle. Jeder Gläubiger acceptirt gewissermaßen dadurch, daß er Gläubiger wird, diese Zusage. Somit ist eine unmittelbare Klage eines Gläubigers gegen einen Actionair nicht mehr auffällig. Eine solche Klage beruht nicht auf einer fingirten Cession (von Seiten der Gesellschaft); ist nicht nothwendig eine Delictsklage, vielmehr oft eine auf einem Contracte beruhende, mithin auch gegen die Erben aufs Ganze übergehende Klage. Die vorliegende Klage muß ich nun allerdings eine Delictsklage nennen, weil es sich dabei gar nicht um die Wahrheit einer Eintragung oder um deren Erfüllung, sondern um eine Widerrechtlichkeit handelt. Deshalb kann ich die Erben des Actionairs auch nur bis zum Belaufe der Erbschaft haften lassen. Daß der Actionair dem Verletzten aus einem Delict unmittelbar hafte, ist natürlich wenig auffällig, jedenfalls weniger auffällig, wie die Haftung aus einem Vertrage im vorliegenden Falle.

In dieser Hinsicht bestimmt das H. G. B. Art. 217 in Verbindung mit dem Gesetz vom 11. Juni 1870:

„Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionaire nicht bedungen, noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz und, wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuß über die volle Einlage ergiebt. Die Aktionaire können bis zur Wiederergänzung des durch Verlust verminderten Gesammtbetrages der Einlagen Dividenden nicht beziehen.

Jedoch können für den in dem Gesellschaftsvertrage angegebenen Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert, den Aktionairen Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden."

6) Hieran knüpft sich der erforderliche Klagantrag.

Kläger braucht eine mala fides des Beklagten wohl nicht zu behaupten. Freilich sagt der Art. 218 des H. G. B., daß der Actionair in keinem Fall verpflichtet sei, die in gutem Glauben empfangenen Zinsen und Dividenden zurückzugeben. Es dürfte aber Sache des Beklagten sein, die Einrede der bona fides vorzubringen. Kläger hat wohl nur die Rechtswidrigkeit darzulegen. Da aber die bona fides im Allgemeinen zu vermuthen ist, so hätte Kläger in der Replik gegen jene Einrede das Gegentheil darzulegen.

Da ich selbst nicht ganz unzweifelhaft darüber bin, ob nicht schon in der Klage die mala fides behauptet werden müsse, habe ich mich nicht bestimmter ausdrücken können.

V. Klage gegen Mitglieder des Vorstandes oder Liquidatoren auf Schadensersatz.[23]

H. G. B. Art. 241, 245, 247 und 248, sowie Gesetz vom 11. Juni 1870.

Zur Begründung unserer Schadensersatzklage müßte Folgendes angegeben werden:

1) Die Umstände, welche die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts ergeben. Zuständig ist das Gericht des Beklagten; für Klagen, welche von der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden, auch das Gericht für die Gesellschaft.[24]

2) Die Legitimation des Klägers zur Sache. Dies kann jeder Verletzte sein, namentlich auch ein einzelner Actionair oder ein Nichtactionair.[25]

---

[23] Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 39 a. E.

[24] C. P. O. §. 23.

[25] Vgl. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 6.

3) Die Legitimation des Beklagten zur Sache. Dies ist ein Mitglied des jetzigen oder früheren Vorstandes oder ein Liquidator.

4) Der Schaden mit genauer Specification.

5) Der Grund. Dieser besteht darin, daß Beklagter außer den Gränzen seines Auftrags oder den Vorschriften des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages entgegen gehandelt habe. Die besondere Art des Verschuldens ist dabei genauer anzugeben. Sodann ist der Schaden näher zu begründen und daß dieser gerade auch durch jenes Verschulden verursacht sei. Das Verschulden braucht weder ein doloses, noch ein culposes, sondern kann auch ein einfach widerrechtliches sein, da ein Dolus oder eine Culpa nirgends verlangt ist.[26]

6) Der Antrag. Derselbe geht auf Verurtheilung zum Schadensersatz, wobei gegen mehrere beklagte Mitschuldige auf Verurtheilung in solidum angetragen werden kann.

VI. Klage gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths auf Schadensersatz.

Abgesehen von anderen Fällen, in denen die Mitglieder des Aufsichtsraths namentlich auch den Actionairen[27] wegen Verschuldens zum Schadensersatz verpflichtet sein können, sind nachstehende Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1870 zum H. G. B. Art. 225 zu beachten:

„Die Mitglieder des Aufsichtsrathes sind persönlich und solidarisch zum Schadensersatz verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten:

1) Einlagen an die Aktionaire zurückgezahlt, oder, der Bestimmung des Artikels 215. Absatz 3. entgegen, eigene Aktien der Gesellschaft erworben oder amortisirt worden sind;

2) Zinsen oder Dividenden gezahlt sind, welche nach Maaßgabe der Bestimmungen des Artikels 217. nicht gezahlt werden durften;

3) die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung oder eine Herabsetzung des Grundkapitals ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 245. und 248.) erfolgt ist."

1) Die Klage ist im gewöhnlichen Gerichtsstande des Beklagten anhängig zu machen, oder, sofern der §. 23 der C. P. O. anwendbar ist, auch in dem der Gesellschaft.

2) Kläger ist der Verletzte, der Regel nach ein Dritter.

3) Beklagter ist ein gegenwärtiges oder früheres Mitglied des Auf-

---

[26] Vgl. unten §. 263 und §§. 295—306.

[27] Auch einem einzelnen ohne oder gegen den Willen der Generalversammlung, soweit nicht der Art. 224 des H. G. B. im Wege steht. Vgl. auch Reinganum, Die Rechte der Actionaire und die Haftbarkeit des Aufsichtsraths (Frankfurt a. M. 1881).

sichtsraths oder mehrere, welche als Mitschuldige in solidum belangt werden können.

4) Gerichtet ist die Klage auf Ersatz des zu begründenden und zu specificirenden Schadens.

5) Der Grund der Klage geht aus der angeführten gesetzlichen Vorschrift hervor. Dabei ist es besonders hervorzuheben, daß die Zurückzahlung der Einlagen u. s. w. mit Wissen des Beklagten und ohne sein Einschreiten erfolgt sei. Es ist nicht erforderlich, daß das Wissen als Dolus oder auch nur als Culpa erscheine.[28]

6) Der Antrag geht auf solidarische Verurtheilung zur Leistung des Schadensersatzes.

§. 206.

e. Klagen aus der stillen Gesellschaft.

Es kommen namentlich:

I. die Klage des Inhabers des Handelsgewerbes gegen den stillen Gesellschafter;

II. die Klage des letzteren gegen den ersteren, und

III. die Klagen Dritter gegen den stillen Gesellschafter

in Betracht.[1]

In allen Fällen treten selbstverständlich unter Umständen die Rechtsnachfolger an die Stelle der genannten Personen.

Zur Begründung der Klagen wird außer der Darlegung der activen und passiven Legitimation zur Sache und der Aufstellung des erforderlichen Antrages namentlich der Gegenstand und der Klagegrund genauer anzugeben sein.

Zu I.

1) Der Gegenstand kann u. A. die Einzahlung der Vermögenseinlage (Art. 250 und 252), die Festsetzung der Höhe der Betheiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust nach richterlichem Ermessen (Art. 254), wobei in Ermangelung eines bestimmten in Vorschlag gebrachten Maßstabes die in Betracht kommenden Umstände anzugeben sind, und die Auflösung der Gesellschaft sein (Art. 261 und 262).

2) Bei einer Klage auf Einzahlung der Vermögenseinlage besteht der Klagegrund im engsten Sinne im Allgemeinen in der Abschließung

---

[28] Vgl. Note 26.

[1] Da der Inhaber des Handelsgewerbes Eigenthümer der Einlage des stillen Gesellschafters wird (H. G. B. Art. 252), kann von einer actio communi dividundo nicht die Rede sein.

des Gesellschaftsvertrages und im Besonderen in der Vereinbarung über die Einzahlung der verlangten Einlage.

Wird auf Feststellung der Höhe der Betheiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust nach richterlichem Ermessen geklagt, so besteht der Klagegrund im Allgemeinen in der Abschließung des Gesellschaftsvertrages und im Besonderen in dem Mangel einer Vereinbarung über diese Höhe, sowie in der den Umständen nach genauer darzulegenden Angemessenheit eines in Vorschlag gebrachten Maßstabes der Feststellung.

Wenn auf Auflösung der stillen Gesellschaft geklagt wird, so kommen folgende Gründe der Auflösung in Betracht:

Nach dem H. G. B. Art. 261 wird die stille Gesellschaft aufgelöst:

1) „durch den Tod des Inhabers des Handelsgewerbes, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll;

2) durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Inhabers des Handelsgewerbes zur selbstständigen Vermögensverwaltung;

3) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes oder des stillen Gesellschafters;

4) durch gegenseitige Uebereinkunft;

5) durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die stille Gesellschaft eingegangen ist, wenn dieselbe nicht stillschweigend fortgesetzt wird; in diesem Fall gilt der Vertrag von da an als auf unbestimmte Dauer geschlossen;

6) durch die Aufkündigung eines der beiden Theile, wenn der Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen ist.

Ein auf Lebenszeit geschlossener Vertrag ist als auf unbestimmte Dauer geschlossen zu betrachten.

Die Aufkündigung eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages muß, wenn nicht ein Anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen."

Nach Art. 262 kann die Auflösung der stillen Gesellschaft „vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einem Vertrage von unbestimmter Dauer ohne vorherige Aufkündigung verlangt werden, wenn dazu wichtige Gründe vorhanden sind. Die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Fall eines Widerspruchs dem Ermessen des Richters überlassen."

Zu II.

1) Der Gegenstand der Klage kann die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz, die Gestattung der Prüfung der Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere, sowie, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die anderszeitige Mittheilung einer Bilanz oder

sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere sein; ferner die Feststellung der Höhe der Betheiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust nach richterlichem Ermessen; sodann die Auszahlung des ihm zugefallenen Gewinns; endlich die Auflösung der Gesellschaft und die Auseinandersetzung mit dem stillen Gesellschafter sowie die Berichtigung der Forderung desselben in Geld.

2) Bei der Klage auf Mittheilung der jährlichen Bilanz u. s. w. kommt der Art. 253 Abs. 1 des H. G. B. in Betracht. Danach ist der stille Gesellschafter berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Die Begründung im engsten Sinne erfordert in diesem Falle nur, daß der Gesellschaftsvertrag und die Nativität der Klage hervorgehoben werde.

Wenn es sich um Mittheilung einer Bilanz zu einer anderen Zeit handelt, ist Art. 253 Abs. 2 maßgebend. Danach kann das Handelsgericht „auf den Antrag des stillen Gesellschafters, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen". Es würde die Begründung der Klage außer der Angabe über die stille Gesellschaft namentlich die genauere Geltendmachung eines wichtigen Grundes erfordern; und überdies, daß entweder ein besonderer Grund zur Klagerhebung, ohne vorgängige Angehung des Handelsgerichts behufs außerprocessualischer Erledigung, z. B. das allein hervortretende Privatinteresse der Parteien, vorliege; oder die Sache vom Handelsgericht auf den Proceßweg verwiesen worden; oder die fragliche Anordnung vom Handelsgericht getroffen, aber ihr nicht Folge geleistet sei.[2]

Wird auf Feststellung der Höhe der Betheiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust geklagt, so gilt das zu I in Gemäßheit des H. G. B. Art. 254 Bemerkte.

Bezüglich der Auszahlung des Gewinns bestimmt Art. 255 des H. G. B. Abs. 1: „Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres wird der Gewinn und Verlust berechnet und dem stillen Gesellschafter der ihm zufallende Gewinn ausbezahlt." Der Grund der Klage besteht hier in der stillen Gesellschaft, dem Ablauf des Geschäftsjahres, der Berechnung des Gewinns und Verlustes und darin, daß dem stillen Gesellschafter hiernach der eingeklagte Gewinn zufalle.

Bei der Klage auf Auflösung gilt das zu I Bemerkte.

„Nach Auflösung der stillen Gesellschaft muß der Inhaber des

---

[2] Vgl. oben §. 202 unter II.

Handelsgewerbes sich mit dem stillen Gesellschafter auseinandersetzen und die Forderung desselben in Gelde berichtigen."[3]

Der Grund der Klage ist in diesem Fall die Auflösung der Gesellschaft und der Umstand, daß der Beklagte die Liquidation der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte besorgt habe.[4]

Zu III.

Es kommen hier hauptsächlich die Vorschriften der Art. 256—260 des H. G. B. in Anwendung.

Danach können namentlich folgende 4 Klagen, zu deren Begründung die unter 1—4 anzugebenden Punkte insbesondere genügend hervorgehoben werden müssen, vorkommen:

1) eine Klage eines Gläubigers der Gesellschaft nach Art. 257 gegen den stillen Gesellschafter als persönlich und solidarisch Verpflichteten auf Erfüllung seiner Forderung, weil der Name des Beklagten in der Firma des Inhabers des Handelsgewerbes mitenthalten sei[5];

2) eine Klage des Concursverwalters in Concurse über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes nach Art. 258 Abs. 2 gegen den stillen Gesellschafter auf Zahlung seiner rückständigen Einlage, so weit sie und weil sie zur Deckung seines Antheils am Verluste erforderlich sei;

3) eine Klage der Concursgläubiger (d. i. des Concursverwalters)

---

[3] H. G. B. Art. 265 Abs. 1.

[4] H. G. B. Art. 265 Abs. 2.

Man beachte, daß es im Text heißt „besorgt habe", aber nicht „besorge". Vgl. Makower a. a. O. zu §. 265; auch E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 67, und unten §. 207 Note 4.

[5] Beklagter soll einwenden können, daß dies ohne seine Mitwirkung der Fall sei, ihm auch im Uebrigen Nichts zur Last falle, indem er keine Kunde davon gehabt, solche auch nicht habe haben müssen oder er nach erlangter Kunde sofort dagegen in geeigneter Weise eingeschritten sei. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 250. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 18.

Dieser Auffassung kann ich nicht beipflichten. Da der Nürnberger Commission der Vorschlag gemacht war, die Bestimmung des betreffenden Art. 257 dahin zu fassen „wenn mit seinem Willen sein Name in der Firma enthalten sei", diesem Vorschlage aber keine Folge gegeben ist — Pr. S. 1082 und 1109 —, so ist anzunehmen, daß der stille Gesellschafter unbedingt und ausnahmslos haften soll, mag ihm selbst ein Dolus, eine Culpa oder eine einfache Widerrechtlichkeit zur Last fallen — s. unten §. 263 und §. 295 Note 1 — oder nicht. Im letzteren Fall muß er also für die unerlaubte Handlung eines Anderen (des Inhabers des Handelsgewerbes) einstehen. Da dies auch sonst vorkommt (s. unten §§. 307—314) und mit Rücksicht auf die Beziehungen des stillen Gesellschafters zum Inhaber des Gewerbes natürlich ist, so ist die ausnahmslose Haftung nicht befremdend. Eine Regreßklage ist ihm ja nicht abgeschnitten.

nach Art. 259 gegen den stillen Gesellschafter auf Einzahlung der ihm zurückgezahlten Einlage in die Concursmasse, weil innerhalb Eines Jahres vor Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes durch Vereinbarung zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst worden oder weil in dem bezeichneten Zeitraum ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Einlage zurückbezahlt sei;

4) eine Klage einer dritten Person in Folge des Art. 260 gegen den stillen Gesellschafter auf Befriedigung, weil durch letzteren oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht sei und darin den Umständen nach die Uebernahme einer Haftung (etwa ein Creditmandat oder ein s. g. constitutum debiti alieni oder eine sonstige Verbürgung) dem Kläger gegenüber gefunden werden müsse.

Bei der Klage unter 2 kann die Einrede des Erlasses von Seiten des Inhabers des Handelsgewerbes; die Replik, daß selbiger in dem Zeitraum Eines Jahres vor Eröffnung des Concurses geschehen sei; und die Duplik, daß der Concurs in Umständen seinen Grund habe, welche erst nach dem Zeitpunkt des Erlasses eingetreten seien, vorgebracht werden. Bei der an die actio Pauliana erinnernden, aber doch von derselben verschiedenen[6] Klage unter 3 ist die Einrede statthaft, daß der Concurs in Umständen seinen Grund habe, welche erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung oder Zurückbezahlung eingetreten seien.

§. 207.

f. Klagen aus der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.[1]

Hierbei sind folgende Grundsätze zu beachten:

I. In Betreff des Verhältnisses der Theilnehmer zu einander.

„Wenn nicht ein Anderes verabredet ist, so sind alle Theilnehmer in gleichem Verhältnisse zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen

---

[6] Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 259. Die Anstellbarkeit der Klage unter 3 auch von Seiten eines einzelnen Concursgläubigers oder mehrerer Concursgläubiger kann ich mit Rücksicht auf die Analogie der K. O. §. 29 nicht mehr für statthaft ansehen.

[1] Die Gelegenheitsgesellschaft, von der man bei der vorliegenden Vereinigung spricht und die fast ganz nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts über die Societät zu beurtheilen ist, „hat weder eine Firma, noch ein Domizil, noch eigenen Gerichtsstand, geschweige denn als Gesellschaft eigenes Vermögen und eigene Persönlichkeit". Endemann a. a. O. §. 73 unter I.

verpflichtet.“[2] Demnach muß eine actio pro socio auf Leistung eines größeren Beitrages dadurch begründet werden, daß solche verabredet sei. „Ist über den Antheil der Theilnehmer am Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so werden die Einlagen verzinst, der Gewinn oder Verlust aber nach Köpfen vertheilt.“[3]

Bei einer Klage auf einen größeren Theil am Gewinn oder Verlust wäre zur Begründung wiederum die bezügliche Vereinbarung zu behaupten.

„Nach Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäfts muß der Theilnehmer, welcher dasselbe führte, den übrigen Theilnehmern unter Mittheilung der Beläge Rechnung ablegen.

Er besorgt die Liquidation.“[4]

Die Klage gegen diesen auf Rechnungsablegung unter Mittheilung der Beläge müßte durch die Behauptung, daß Beklagter das gemeinschaftliche Geschäft geführt habe und dieses beendigt sei, begründet werden.[5]

II. In Betreff des Verhältnisses zu dritten Personen.

„Aus Geschäften, welche ein Theilnehmer mit einem Dritten abgeschlossen hat, wird Ersterer dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.

Ist ein Theilnehmer zugleich im Auftrage und Namen der übrigen aufgetreten oder haben alle Theilnehmer gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt, so ist jeder Theilnehmer Dritten gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet.“[6]

Wenn somit ein Theilnehmer gegen den Dritten klagt oder von

---

[2] H. G. B. Art. 267.

[3] H. G. B. Art. 268. Die Einlagen brauchen keine Geldeinlagen zu sein. Aus dem Ausdruck „verzinst“ kann man auch nicht ableiten, daß es sich doch um vertretbare Sachen handeln müsse. Es müßten andere Einlagen zu Geld veranschlagt und davon dann Zinsen berechnet werden. Jedoch könnten Dienste nur im Fall besonderer Uebereinkunft als zu verzinsende Einlagen behandelt werden.

[4] H. G. B. Art. 270.

[5] Vgl. oben §. 206 Note 4. Unter Umständen kann indessen schon vor völliger Beendigung der gemeinschaftlichen Geschäfte Herausgabe des gemachten Gewinnes verlangt werden. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 32. Kläger hätte zur Begründung dann darzulegen, daß das an der völligen Beendigung noch Fehlende kein Hinderniß sei, den Gewinn zu theilen und den bezüglichen Antheil herauszugeben, etwa unter Zurückbehaltung eines Betrages für noch mögliche Auslagen. — Bei allen Liquidationen ist es Regel, daß ein Socius oder Genosse gegen den liquidirenden Socius oder Genossen oder anderweitigen Liquidator erst nach sonst geschehener Beendigung der Liquidation auf seinen Gewinnantheil u. s. w. klagen kann; eine frühere Klage dagegen als Ausnahme durch besondere Umstände begründet werden muß.

[6] H. G. B. Art. 269. Man beachte, daß nach dem Abs. 2 der Theilnehmer im Auftrage und Namen der übrigen aufgetreten sein müsse. Fehlt eins von beiden, so tritt die solidarische Berechtigung oder Verpflichtung nicht ein. Dem Auftrage steht aber eine Ratihabition gleich. Vgl. Puchelt a. a. O. zu Art. 269.

diesem belangt wird, welche Klagen in Ermangelung einer besonderen entgegenstehenden Uebereinkunft in solidum gerichtet werden können, so ist zur Begründung der activen oder passiven Legitimation zu behaupten, entweder daß das Geschäft zwischen den Parteien geschlossen sei, oder daß der Dritte es mit einem anderen Theilnehmer, der zugleich im Auftrage und Namen der Proceßpartei aufgetreten sei, geschlossen habe, oder daß alle Theilnehmer, wenigstens doch die Proceßpartei, gemeinschaftlich gehandelt, oder daß sie einschließlich der Proceßpartei durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt hätten.

§. 208.

C. Die Rhederei.

„Wird von mehreren Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerb durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendet, so besteht eine Rhederei.

Der Fall, wenn das Schiff einer Handelsgesellschaft gehört, wird durch die Bestimmung über die Rhederei nicht berührt.“ [1]

„Das Rechtsverhältniß der Mitrheder unter einander bestimmt sich zunächst nach dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrage. Soweit eine Vereinbarung nicht getroffen ist, kommen die Bestimmungen der nachfolgenden Artikel zur Anwendung.“ [2]

Der Rhederei kann somit eine Societät oder eine s. g. communio incidens zu Grunde liegen. Dabei ist aber zu beachten, daß bei der Rhederei im Zweifel die Personenvereinigung gegen die Vermögensvereinigung erheblich zurücktritt. „Eine Aenderung in den Personen der Mitrheder ist ohne Einfluß auf den Fortbestand der Rhederei.

Wenn ein Mitrheder stirbt oder in Konkurs geräth oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, so hat dies die Auflösung der Rhederei nicht zur Folge.“ H. G. B. Art. 472 Abs. 1 und 2.

Im Allgemeinen kommen die gewöhnlichen Grundsätze über die Begründung der actiones pro socio oder communi dividundo oder der Klage eines Dritten zur Anwendung. Letztere kann eine sehr verschiedene sein, z. B. die actio venditi, locati, ex mutuo u. d. m.

Insbesondere sind bei diesen Klagen folgende eigenthümliche Normen zu beachten:

---

[1] H. G. B. Art. 456. Nach diesem Art. würden z. B. bei einer offenen Handelsgesellschaft, der das Schiff gehörte, die einzelnen Gesellschafter bei persönlichen Verpflichtungen solidarisch haften (Art. 112); nicht aber als Mitrheder nach Verhältniß der Größe der Schiffsparten (Art. 474).

[2] H. G. B. Art. 457. Die nachfolgenden Artikel sind die Art. 458—477.

1) In Betreff der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts können die Mitrheder als solche „wegen eines jeden Anspruchs, ohne Unterschied, ob dieser von einem Mitrheder oder von einem Dritten erhoben ist, vor dem Gerichte des Heimathshafens (Artikel 435.) belangt werden.

Diese Vorschrift kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Klage nur gegen einen Mitrheder oder gegen einige Mitrheder gerichtet ist.“[3]

2) Was die Activlegitimation des Klägers anbetrifft, so können der Correspondentrheder oder ein sonstiger Mitrheder oder alle Mitrheder oder mehrere derselben oder ein Dritter Kläger sein. „Im Verhältniß zu Dritten ist der Korrespondentrheder[4] kraft seiner Bestellung befugt, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der Geschäftsbetrieb einer“ — d. h. irgend einer, nicht gerade der vorliegenden — „Rhederei gewöhnlich mit sich bringt.

Diese Befugniß erstreckt sich insbesondere auf die Ausrüstung, Erhaltung und Verfrachtung des Schiffs, auf die Versicherung der Fracht, der Ausrüstungskosten und der Havereigelder, sowie auf die mit dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb verbundene Empfangnahme von Geldern.

Der Korrespondentrheder ist in demselben Umfange“ — mithin auch dann, wenn der Geschäftsbetrieb irgend einer, nicht gerade der vorliegenden Rhederei es mit sich bringt — „befugt, die Rhederei vor Gericht zu vertreten.“[5]

Bei einer Vereinigung zweier oder mehrerer Personen, ein Schiff für gemeinschaftliche Rechnung zu erbauen und zur Seefahrt zu verwenden, kann der Correspondentrheder auch schon vor Vollendung des Schiffs bestellt werden; „er hat in diesem Falle sogleich nach seiner Bestellung in Bezug auf den künftigen Rhedereibetrieb die Rechte und Pflichten eines Korrespondentrheders.“[6]

3) Was von der Activlegitimation bemerkt ist, gilt auch von der Passivlegitimation.

---

[3] H. G. B. Art. 475. Durch die Worte „oder von einem Dritten“ weicht namentlich dieser Art. vom §. 23 der C. P. O. ab. — Vgl. im Uebrigen auch Art. 455.

[4] Derselbe braucht nicht Mitrheder zu sein. H. G. B. Art. 459 Abs. 1.

[5] H. G. B. Art. 460 Abs. 1—3. Die Rhederei ist noch weniger, als die Actiengesellschaft, eine eigentliche juristische Person. Dessenungeachtet kann aber doch auch die Rhederei als solche klagen und verklagt werden. Dies folgt aus dem Art. 460 Abs. 3. Es brauchen daher auch nicht alle Mitrheder bei einer Klage genannt zu werden. Hat die dritte Gegenpartei ein Interesse daran, daß die Namen der einzelnen Mitrheder angegeben werden, so kann sie einen geeigneten Antrag stellen.

[6] H. G. B. Art. 476.

4) Hinsichtlich des Gegenstandes ist insbesondere zu bemerken:

daß der Correspondentrheder jedem Mitrheder auf dessen Verlangen Kenntniß von allen Verhältnissen zu geben hat, die sich auf die Rhederei, insbesondere auf das Schiff, die Reise und die Ausrüstung beziehen und ihm jederzeit die Einsicht der die Rhederei betreffenden Bücher, Briefe und Papiere gestatten muß [7];

daß der Correspondentrheder verpflichtet ist, zu jeder Zeit auf Beschluß der Rhederei derselben Rechnung zu legen, wobei die Genehmigung der Rechnung und die Billigung der Verwaltung des Correspondentrheders durch die Mehrheit die Minderheit nicht hindert, ihr Recht geltend zu machen [8];

daß jeder Mitrheder nach Verhältniß seiner Schiffspart zu den Ausgaben der Rhederei, insbesondere zu den Kosten der Ausrüstung und der Reparatur des Schiffs, beizutragen hat [9];

daß, wenn ein Mitrheder mit Leistung seines Beitrages in Verzug ist und das Geld von Mithredern für ihn vorgeschossen wird, er denselben von Rechtswegen zur Entrichtung von Zinsen von dem Zeitpunkt der Vorschüsse an verpflichtet ist; wobei es nach den Landesgesetzen zu beurtheilen ist, ob durch einen solchen Vorschuß ein Pfandrecht an der Schiffspart des säumigen Mitrheders erworben wird; und, wenn auch ein Pfandrecht nicht erworben ist, durch den Vorschuß ein versicherbares Interesse hinsichtlich der Schiffspart für die Mitrheder begründet wird, so daß auch im Falle der Versicherung dieses Interesses der säumige Mitrheder die Kosten derselben zu ersetzen hat [10];

daß die Vertheilung des Gewinnes und Verlustes nach der Größe der Schiffsparten geschieht [11];

daß eine Aufkündigung von Seiten eines Mitrheders oder eine Ausschließung eines Mitrheders nicht stattfindet [12];

daß die Mitrheder als solche, wenn ihre persönliche Haftung eintritt, Dritten nur nach Verhältniß der Größe ihrer Schiffsparten haften. [13]

5) Der Grund der Klage kann mit Rücksicht auf die große Verschiedenheit der Rhedereiklagen ein sehr verschiedener sein. Es kann ein

---

[7] H. G. B. Art. 465.

[8] H. G. B. Art. 466.

[9] H. G. B. Art. 467.

[10] H. G. B. Art. 467.

[11] H. G. B. Art. 469 Abs. 1.

[12] H. G. B. Art. 472 Abs. 3.

[13] H. G. B. Art. 474 Abs. 1.

Wenn ein Mitrheder solidarisch in Anspruch genommen wird, müßte dafür ein besonderer ausreichender Grund geltend gemacht werden, z. B. daß er sich durch Vertrag solidarisch verpflichtet oder eines Delicts schuldig gemacht habe.

Vertrag, z. B. eine societas, locatio conductio, emtio venditio, ein mandatum; ein Quasicontract, z. B. eine negotiorum gestio, eine s. g. communio incidens; ein Delict, z. B. ein damnum injuria datum; oder ein sonstiger Umstand sein. Und in dem einen oder anderen Falle wird natürlich die Substantiirung des Grundes der Klage sonst noch Manches erfordern.

6) Ebenso verschieden kann auch der erforderliche bestimmte Antrag sein, wie sich schon aus den Bemerkungen zu 4 ergibt.

§. 209.

D. Das Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, vom 4. Juli 1868. [1]

„Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder [2] mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken (Genossenschaften), namentlich:

1) Vorschuß- und Kreditvereine,

2) Rohstoff- und Magazinvereine,

3) Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkauf der gefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktivgenossenschaften),

4) Vereine zum gemeinschaftlichen Einkauf von Lebensbedürfnissen im Großen und Ablaß in kleineren Partien an ihre Mitglieder (Konsumvereine),

5) Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder,

erwerben die im gegenwärtigen Gesetze bezeichneten Rechte einer «eingetragenen Genossenschaft» unter den nachstehend angegebenen Bedingungen.“ [3]

---

[1] Dasselbe ist durch Reichsgesetz vom 23. Juni 1873 in Bayern eingeführt.

[2] Nach dem Reichsgesetz vom 14. Mai 1871 verlieren die im §. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 bezeichneten Gesellschaften den Charakter von Genossenschaften im Sinne dieses Gesetzes nicht dadurch, daß ihnen die Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes auf Personen, welche nicht zu ihren Mitgliedern gehören, im Statute gestattet wird.

[3] §. 1 des Gesetzes. Der Erwerb der im Gesetz bezeichneten Rechte bezieht sich auch auf die von einem früheren, in eine eingetragene Genossenschaft verwandelten Personenverein erworbenen Ansprüche. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 268. Diese Umwandlung hebt nicht den früheren Verein auf und schafft nicht einen neuen, sondern erweitert nur die Rechte des in veränderter Weise bestehen bleibenden früheren Vereins. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 24. — Stobbe a. a. O. §. 60 betrachtet auch die eingetragenen Genossenschaften als juristische Personen.

Zur Gründung der Genossenschaft bedarf es:

1) der schriftlichen Abfassung des Gesellschaftsvertrages (Statuts);

2) der Annahme einer gemeinschaftlichen Firma. Letztere muß die zusätzliche Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft" enthalten. Zum Beitritt der einzelnen Genossenschafter genügt die schriftliche (auch eine nicht beglaubigte) Erklärung.[4]

Im Gesellschaftsvertrage muß eine Anzahl von Erfordernissen enthalten sein, u. A. auch die Bestimmung, daß alle Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften.[5]

„Der Gesellschaftsvertrag muß bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat, nebst dem Mitgliederverzeichnisse durch den Vorstand eingereicht, vom Gerichte in das Genossenschaftsregister, welches, wo ein Handelsregister existirt, einen Theil von diesem bildet, eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden."[6]

„Vor erfolgter Eintragung in das Genossenschaftsregister hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht."[7]

„Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages muß schriftlich erfolgen und dem Handelsgerichte unter Ueberreichung zweier Abschriften des Genossenschafts-Beschlusses angemeldet werden."[8]

Auch eine Zweigniederlassung ist anzumelden.[9]

Genossenschaften gelten als Kaufleute, so weit das Genossenschaftsgesetz keine abweichenden Vorschriften enthält.[10]

Was die einzelnen Klagen anbetrifft, so stimmen sie in vielen Hinsichten mit den Klagen aus handelsrechtlichen Gesellschaften überein.

Wir müssen in dieser Beziehung

die einzelnen Genossenschafter,

den Vorstand, dessen Mitglieder und etwaige Liquidatoren, sowie

den Aufsichtsrath und dessen Mitglieder

unterscheiden.

---

[4] Daselbst §. 2. Vgl. oben §. 196 Note 6. [5] Daselbst §. 3.

[6] Daselbst §. 4. Wenn bei Einreichung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung ein nicht wesentlicher Fehler begangen, z. B. die Einreichung nicht durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes beschafft ist, so kann bei späteren Klagen die Genossenschaft oder ein Mitglied derselben daraus keinen Einwand ableiten. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 89. Auch wohl nicht ein Dritter. Nicht wesentliche Fehler dürften dadurch beseitigt werden, daß die Genossenschaft, bezw. ein Mitglied oder ein Dritter, der mit der Genossenschaft in geschäftlichen Verkehr getreten ist, den Fehler nicht gerügt, mithin die Rechtsgültigkeit der Einreichung anerkannt hat.

[7] Daselbst §. 5. Vgl. H. G. B. Art. 178 und 211.

[8] Daselbst §. 6.

[9] Daselbst §. 7.

[10] Daselbst §. 11 Abs. 3.

§. 210.

Klagen bezüglich der einzelnen Genossenschafter.

Als solche sind namentlich[1] hervorzuheben:

I. Die Klage des Vorstandes oder der Liquidatoren gegen den Genossenschafter auf Leistung der statutenmäßigen Einzahlung;

II. Die Klagen des Genossenschafters gegen den Vorstand auf seinen Antheil am Gewinn, sowie gegen die Liquidatoren auf Rückzahlung seines Geschäftsantheils und auf Auszahlung seines Antheils am Gewinn;

III. die Klage des Genossenschaftsgläubigers gegen den Genossenschafter auf Deckung von Ausfällen.

Die Begründung dieser Klagen erfordert folgende Angaben:

Zu I:

1) Kläger seien als Vorstand oder als die Liquidatoren activ zum Proceß in Vertretung der activ zur Sache legitimirten Genossenschaft legitimirt, wobei von mehreren Vorstandsmitgliedern oder Liquidatoren in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung Einer nicht allein handeln kann.[2]

2) Beklagter sei als Genossenschafter passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Leistung der dem Beklagten obliegenden statutenmäßigen Einzahlung auf seinen Geschäftsantheil.[3]

4) Der Grund der Klage bestehe darin: daß in gesetzlicher Weise, wie näher darzulegen ist, die Genossenschaft gegründet, der Gesellschaftsvertrag bei dem zuständigen Handelsgericht durch den Vorstand eingereicht, auch die Eintragung in das Genossenschaftsregister erfolgt sei[4]; daß Be-

---

[1] Andere Klagen sind z. B. die gegen einen Genossenschafter auf Ausschließung s. w. d. a. oder auf Anerkennung der Ausschließung als einer rechtsgültigen oder umgekehrt des ausgeschlossenen Genossenschafters darauf, daß die Ausschließung für ungültig erklärt werde (§§. 38 und 39; E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 121); die eines Genossenschafters auf Anfechtung des Vertheilungsplans über die Beiträge zur Befriedigung der Gläubiger wegen der erlittenen Ausfälle (§§. 52—59). E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 7, 4. B. Nr. 30. In dem gewiß richtig vom Reichsgericht entschiedenen Fall der Nr. 30 hätte der ausgeschiedene Genossenschafter übrigens nicht auf Rückzahlung seiner Einlage, sondern seines aus den Büchern sich ergebenden Geschäftsantheils klagen müssen.

[2] Gesetz vom 4. Juli 1868 §. 29 und §. 42 Abs. 2. Vgl. übrigens §. 30, wonach der Betrieb von Geschäften der Genossenschaft in Beziehung auf diese Geschäftsführung auch sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten der Genossenschaft zugewiesen werden kann. Somit könnten auch diese zum Proceß legitimirt sein.

[3] Daselbst §. 3 unter 5 und §. 9 Abs. 3.

[4] Die nach §. 4 des Gesetzes erforderliche Veröffentlichung braucht zur Begrün-

klagter durch schriftliche Erklärung beigetreten[5], und daß die verlangte Einzahlung[6] statutenmäßig, nach dem Statut auch die Fälligkeit eingetreten sei.

5) Demnach werde um Verurtheilung zur Einzahlung gebeten.

Zu II:

1) Kläger sei als Genossenschafter activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagte seien als die Vorstandsmitglieder oder als die Liquidatoren oder im Fall einer entsprechenden Bestimmung als Einer derselben passiv zum Proceß in Vertretung der passiv zur Sache legitimirten Genossenschaft legitimirt.

---

dung der Klage nicht behauptet zu werden, weil §. 5 nur von der Eintragung spricht und schon an diese die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft knüpft. Die gesetzliche Schließung des Vertrages und die ordnungsmäßige Einreichung beim Handelsgericht müssen dagegen behauptet werden. Denn dies sind wesentliche Erfordernisse. Mangelt es daran, so liegt nicht blos ein vom Beklagten geltend zu machender Fehler vor. Hat aber Beklagter die eingetragene Genossenschaft als rechtsbeständig anerkannt, so ist es der Regel nach ausreichend, wenn Kläger sich nur auf diese Anerkennung stützt. Das Anerkennen und dies Stützen kann auch auf schlüssigen Umständen beruhen. Sofern es sich übrigens um Leistungen handelt, die schon vor einer Einreichung beim Handelsgericht und vor einer Eintragung in das Genossenschaftsregister zu entrichten sind, brauchen diese Punkte natürlich nicht berührt zu werden. Es kann aber von Rechten einer eingetragenen Genossenschaft erst nach der Eintragung die Rede sein. Mithin müßte die Activlegitimation zur Sache eine von der im Text unter 1 berührten verschiedene sein. Es hätte das über den Vertrag, die Einreichung und Eintragung in dieser Note und im Text Bemerkte bereits oben bei der Commanditgesellschaft auf Actien und der Actiengesellschaft bemerkt werden können. Wenn dies erst hier geschieht, so liegt der Grund darin, daß ich glaubte, Commanditgesellschaften auf Actien und Actiengesellschaften hätten im Allgemeinen eine größere Publicität, als eingetragene Genossenschaften und in Folge dessen würde bei ihnen häufiger, als bei eingetragenen Genossenschaften, die einfache Behauptung, daß eine solche Gesellschaft bestehe, genügen.

[5] Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 3.

[6] In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages wird der Verlust unter die Genossenschafter nach Höhe von deren Geschäftsantheilen vertheilt, so weit diese Antheile zusammen zu dessen Deckung ausreichen, wogegen ein nach Erschöpfung des Genossenschaftsvermögens noch zu deckender Rest gleichmäßig nach Köpfen von sämmtlichen Genossenschaftern aufgebracht wird. §. 9 Abs. 2 des Gesetzes. Genossenschafter, welche auf ihre Geschäftsantheile die ihnen statutenmäßig obliegenden Einzahlungen geleistet haben, können von anderen Genossenschaftern nicht aus dem Grunde, weil letztere auf ihre Antheile mehr eingezahlt haben, im Wege des Rückgriffs in Anspruch genommen werden, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes festsetzt. §. 9 Abs. 3 des Gesetzes. Auch können bei dem Umlageverfahren nach §. 52 vorher ausgeschiedene Genossenschafter nicht von der Genossenschaft, dem Vorstande oder Liquidatoren herangezogen werden, wenn sie auch den Gläubigern noch haften. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 175.

3) Es handle sich um Auszahlung des Antheils des Klägers am Gewinn, bezw. um Rückzahlung seines Geschäftsantheils und Auszahlung seines Antheils am Gewinn.[7]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß die Genossenschaft gültig gegründet, der Vertrag beim Gericht durch den Vorstand eingereicht und eingetragen sei[8]; daß Kläger schriftlich beigetreten sei; ferner

a) sofern es sich um eine Klage gegen den Vorstand handelt:

daß nach der statutenmäßigen Berechnung ein Gewinn erzielt und in Gemäßheit der auf Grund einer bezüglichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, eventuell nach Höhe der Geschäftsantheile vorgenommenen Vertheilung der beanspruchte Antheil sich ergeben habe, auch die Fälligkeit nach dem Statut vorliege[9];

b) sofern Liquidatoren belangt sind:

daß nach Deckung der Schulden der Genossenschaft aus den alsdann verbleibenden Ueberschüssen die Geschäftsantheile an die Genossenschafter zurückzuzahlen seien, wobei, wenn der Bestand zur vollständigen Deckung nicht ausreiche, die Vertheilung desselben nach Verhältniß der Höhe der einzelnen Guthaben, in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Vertrages, erfolge; und daß aus dem verbliebenen Bestande der Gewinn des letzten Rechnungsjahres an die Genossenschafter nach den Bestimmungen des Vertrages zu zahlen, die Vertheilung weiterer Ueberschüsse in Ermangelung anderer Vertragsbestimmungen nach Köpfen vorzunehmen sei[10]; die beanspruchten Beträge aber diesen Grundsätzen entsprächen; auch die Fälligkeit eingetreten sei.

5) Der Antrag gehe demnach dahin, die oder den Beklagten zur Zahlung des Beanspruchten an den Kläger zu verurtheilen.

Zu III:

1) Kläger sei als Genossenschaftsgläubiger activ zur Sache legitimirt.[11]

2) Beklagter sei als Genossenschafter passiv zur Sache legitimirt.

Mehrere haften solidarisch, mit Ausschluß der Einrede der Theilung. Der Genossenschafter haftet auch für die vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten der Genossenschaft.

Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung. Frauen können sich nicht auf deren Rechtswohlthaten berufen.[12]

---

[7] §. 9 Abs. 2 und §. 47 des Gesetzes.

[8] Vgl. Note 4.

[9] §. 3 unter 6 und §. 9 Abs. 2 des Gesetzes.

[10] Daselbst §. 47.

[11] Daselbst §. 12 Abs. 1.

[12] Daselbst §. 12 Abs. 1—3.

3) Der Gegenstand bestehe in dem Ausfall der Forderung des Klägers gegen die Genossenschaft.[13]

4) Der Grund der Klage bestehe darin:

daß die Genossenschaft gültig gegründet, der Vertrag beim Gericht vom Vorstande eingereicht und eingetragen sei[14]; daß Beklagter schriftlich beigetreten sei; daß Kläger die näher darzulegende Forderung gegen die Genossenschaft habe; daß entweder im Fall des Concurses über das Vermögen der Genossenschaft dieser beendigt sei, Kläger aber wegen seiner bei dem Concursverfahren angemeldeten und verificirten Forderung einschließlich Zinsen und Kosten zu dem beanspruchten Betrage nicht befriedigt sei oder die Eröffnung des Concurses nicht erfolgen könne.[15]

5) Der Antrag gehe somit dahin, Beklagten zur Zahlung des Beanspruchten an den Kläger zu verurtheilen.

§. 211.

Klagen bezüglich des Vorstandes.

I. Der Vorstand vertritt die Genossenschaft gerichtlich, ist mithin in Ansehung jeder Klage der Genossenschaft oder gegen dieselbe activ oder passiv zum Processe legitimirt.

Ein besonders wichtiger Fall einer Klage gegen die Genossenschaft ist der, wenn die höhere Verwaltungsbehörde die Auflösung betreibt.

Zur Begründung dieser Klage[1] müßte Folgendes angegeben werden:

1) daß das angegangene Gericht zuständig sei, weil bei demselben die Genossenschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand habe;

2) daß Klägerin als die höhere Verwaltungsbehörde (Regierung) activ zum Proceß in Vertretung des betreffenden Bundesstaats legitimirt sei;

3) daß die Genossenschaft passiv zur Sache und deren Vorstand passiv zum Proceß legitimirt sei;

4) daß es sich um Auflösung der Genossenschaft handle;

5) weil die Genossenschaft sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig gemacht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet werde oder daß sie andere, als die im Gesetz (§. 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke, verfolge;

---

[13] Daselbst §. 12 Abs. 1.

[14] Vgl. Note 4.

[15] §. 12 Abs. 1 und §. 51 des Gesetzes.

[1] Daselbst §. 35. Vgl. Parisius, Die Genossenschaftsgesetze im Deutschen Reiche (Berlin 1876), zu §. 35.

6) daß demnach beantragt werde, zu erkennen, daß die Genossenschaft aufgelöst werde.

II. Es haften Mitglieder des Vorstandes, welche in dieser ihrer Eigenschaft außer den Gränzen ihres Auftrages oder den Vorschriften des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden.[2]

Zur Begründung einer solchen Klage müßte angegeben werden:

1) Daß Kläger als Beschädigter activ zur Sache legitimirt sei.

Dies könnten sein die Genossenschaft, einzelne Genossenschafter und auch Dritte.

2) Daß Beklagter als Mitglied des Vorstandes passiv zur Sache legitimirt sei.

3) Daß es sich um Ersatz des zu specificirenden Schadens handle.

4) Daß der Grund der Klage darin bestehe:

daß Beklagter als Mitglied des Vorstandes außer den Gränzen seines Auftrages oder den Vorschriften des Gesetzes vom 4. Juli 1868[3] oder des Gesellschaftsvertrages entgegen gehandelt und daß dadurch der Schaden entstanden sei. Bei der Klage eines Dritten[4] brauchen die allgemeinen Voraussetzungen einer sonstigen Klage, etwa einer Contractsklage oder der actio legis Aquiliae oder der actio doli u. s. w., nicht vorzuliegen. Vielmehr genügt das einfach widerrechtliche[5] Verhalten des Beklagten als Ursache des dem Kläger zugefügten Schadens.

5) Daß demnach gebeten werde, den Beklagten oder die mehreren Beklagte solidarisch zum Ersatz des Schadens an den Kläger verurtheilen zu wollen.

§. 212.

Klagen in Ansehung des Aufsichtsrathes (Verwaltungsrathes, Ausschusses).

Im Allgemeinen ist zu beachten, daß

1) der Aufsichtsrath (natürlich alle Mitglieder desselben gemeinsam)

---

[2] Daselbst §. 27.

[3] Z. B. wenn der Vorstand die Buchführung oder die Veröffentlichung der Bilanz vernachlässigt hat. Daselbst §. 26.

[4] Ist die Genossenschaft oder ein Genossenschafter Kläger, so sind ganz selbstverständlich nicht noch die allgemeinen Voraussetzungen einer anderen im Text bezeichneten Klage erforderlich, weil dann jedenfalls schon der Genossenschaftsvertrag, bezw. der zwischen der Genossenschaft und dem Beklagten geschlossene besondere Vertrag in Verbindung mit der gesetzlichen Vorschrift und deren Verletzung die Grundlage der Haftung bilden.

[5] Vgl. unten §. 263 und §§. 295—306.

ermächtigt ist, gegen die Vorstandsmitglieder (alle oder einzelne) die Processe zu führen, welche die Generalversammlung beschließt, und

2) die Genossenschaft, wenn sie gegen die Mitglieder (alle oder einzelne) des Aufsichtsraths einen Proceß zu führen hat, durch Bevollmächtigte (die im Zweifel, abgesehen von Zustellungen, gemeinsam handeln müßten) vertreten wird, welche in der Generalversammlung gewählt werden.[1]

§. 213.

E. Das Reichsgesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876.

Von den Klagen aus diesem Gesetz gilt vielfach dasselbe, was in den unmittelbar vorhergehenden Paragraphen über die Klagen aus dem Genossenschaftsgesetz hervorgehoben ist.

„Kassen, welche die gegenseitige Unterstützung ihrer Mitglieder für den Fall der Krankheit bezwecken, erhalten die Rechte einer eingeschriebenen Hülfskasse unter den nachstehend" (im Gesetz) „angegebenen Bedingungen."[1]

Die Kasse hat einen Namen mit dem Zusatz: „eingeschriebene Hülfskasse" anzunehmen.[2]

Das erforderliche Statut (§. 3) muß von der höheren Verwaltungsbehörde genehmigt werden.

Diese hat die Namen der zugelassenen Hülfskassen in ein Register einzutragen (§. 4).

Die Kasse kann Rechte und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte erwerben, klagen und verklagt werden. Es haftet den Kassengläubigern nur das Vermögen der Kasse (§. 5).

Zum Beitritt der Mitglieder ist eine schriftliche Erklärung oder Unterzeichnung des Statuts erforderlich (§. 6).

Zur Klagbegründung ist insbesondere Folgendes hervorzuheben:

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Bei Klagen gegen die Kasse ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat (§. 5).

2) Die active Legitimation. Zur Sache kann activ legitimirt sein: die Kasse, der Vorstand, ein etwaiger Ausschuß, die Generalversammlung, ein Mitglied aller dieser oder ein Dritter. Bei Klagen der Kasse ist der Vorstand (im Zweifel sämmtliche Mitglieder) zum Proceß legitimirt (§. 16).

3) Die passive Legitimation. Zur Sache kann passiv legitimirt sein: die Kasse, der Vorstand, ein Ausschuß, die Generalversammlung, ein Mitglied oder ein Dritter. Bei Klagen gegen die Kasse ist wiederum der Vorstand zum Proceß legitimirt (§. 16).

---

[1] Gesetz vom 4. Juli 1868 §. 29.

[1] Gesetz vom 7. April 1876 §. 1.

[2] Daselbst §. 2.

4) Der Gegenstand. Dieser kann u. A. darin bestehen:

daß die Mitglieder die auf Grund des Gesetzes und des Statuts festgesetzten Beiträge entrichten (§. 8), nicht darauf, daß den Mitgliedern die Verpflichtung zu Handlungen oder Unterlassungen, welche mit dem Kassenzweck in keiner Verbindung stehen, auferlegt werde, es möchte sich denn um eine Betheiligung an anderen Gesellschaften oder Vereinen, die für sämmtliche Mitglieder bei Errichtung der Kasse durch das Statut vorgesehen ist (§. 6), handeln;

daß Mitglieder ausgeschlossen werden (§§. 7 und 15);

daß dem Vorstande die ihm statutenmäßig oder nach specieller Vereinbarung zukommenden Vergütungen gezahlt, nothwendige oder nützliche oder im Auftrage gemachte oder ratihabirte Verwendungen erstattet werden;

daß dem Ausschusse die Ueberwachung der Geschäftsleitung von Seiten des Vorstandes möglich gemacht werde (§. 19);

daß der Generalversammlung die Beschlußnahme über die nicht durch den Vorstand oder Ausschuß wahrgenommenen Angelegenheiten der Kasse möglich gemacht werde (§. 20);

daß dem Mitgliede die gesetzliche oder statutenmäßige Unterstützung gewährt werde (§§. 11 und 12);

daß ihm das bezahlte Eintrittsgeld ersetzt werde (§. 15);

daß die verschiedenen Ansprüche befriedigt werden;

daß Mitglieder des Vorstandes, oder eines Ausschusses Entschädigung zu leisten;

oder Dritte verschiedene Verpflichtungen zu erfüllen haben.

5) Der Grund der Klage. Dieser ist im Allgemeinen der, daß eine eingeschriebene Hülfskasse in gesetzlicher Weise errichtet sei. Ueberdies kommt es auf die Verschiedenheit der möglichen Klaggegenstände an. Insbesondere ist anzugeben:

bei einer Klage gegen ein Mitglied, daß es schriftlich beigetreten sei und, sofern es sich um Ausschluß handelt, daß eine die Aufnahme bedingende Voraussetzung weggefallen sei oder eine Zahlungssäumniß vorliege oder eine die Verletzung der Bestimmungen des Statuts in sich schließende strafbare Handlung von demselben begangen sei (§. 15);

bei einer Klage auf Unterstützung, daß deren Voraussetzung, namentlich der Fall der Arbeitsunfähigkeit, eingetreten sei (§§. 11 und 12);

bei einer Entschädigungsklage gegen Mitglieder des Vorstandes oder Ausschusses, daß durch einfach widerrechtiiche[3] Handlungen oder Unterlassungen dem Kläger der specificirte Schaden verursacht worden;

u. s. w.

---

[3] Vgl. unten §. 263 und §§. 295–306; sowie Gesetz vom 7. April 1876 §. 34.

6) Der Antrag, welcher den Angaben zu 4 entspricht. —

In einigen Fällen wird anstatt einer Klage Abhülfe auf dem Verwaltungswege zu erreichen sein, weil die Kassen in Bezug auf die Befolgung des Gesetzes der Beaufsichtigung durch die von den Landesregierungen zu bestimmenden Behörden unterliegen (§. 33). Z. B. würde statt der unter 4 angedeuteten Klagen des Ausschusses und der Generalversammlung die Aufsichtsbehörde gewiß oft mit Erfolg angegangen werden können. Auch dürfen rückständige Zahlungen von Mitgliedern und deren Arbeitgebern für solche Kassen, in Ansehung deren eine Beitrittspflicht der Arbeiter begründet ist, unter Vorbehalt richterlicher Entscheidung im Verwaltungswege eingezogen werden (§. 14).

Es sind durch das Reichsgesetz, betreffend die Abänderung des Titels VIII. der Gewerbeordnung, vom 8. April 1876, einige Erweiterungen der vorstehenden Grundsätze eingeführt worden.

Durch Ortsstatut kann die Bildung von Hülfskassen nach Maßgabe des Gesetzes vom 7. April 1876 zur Unterstützung von Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeitern angeordnet werden. In diesem Falle kann die Gemeindebehörde die Einrichtung der Kassen regeln. Durch Ortsstatut kann Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeitern, welche das 16. Lebensjahr zurückgelegt haben und nicht an einer anderen eingeschriebenen Hülfskasse betheiligt sind, auch nicht nach Maßgabe der Bundesgesetze auf Grund einer Anordnung der Gemeindeverwaltung regelmäßige Beiträge zum Zweck der Krankenunterstützung entrichten, die Betheiligung an einer auf Anordnung der Gemeindebehörde gebildeten Kasse zur Pflicht gemacht werden. Wer dieser Pflicht nicht genügt, haftet doch für alle einem Mitgliede obliegenden Zahlungen.

Ferner kann durch Ortsstatut bestimmt werden:

1) daß Arbeitsgeber diejenigen Beiträge, welche ihre Arbeiter an eine auf Anordnung der Gemeindebehörde gebildete Hülfskasse zu entrichten haben, bis auf die Hälfte des verdienten Lohnes vorschießen, so weit diese Beiträge während der Dauer der Arbeit bei ihnen fällig werden,

2) daß Fabrikbesitzer zu den vorgedachten Beiträgen ihrer Arbeiter Zuschüsse bis auf Höhe der Hälfte dieser Beiträge leisten,

3) daß Arbeitgeber ihre zum Eintritt in eine bestimmte Hülfskasse verpflichteten Arbeiter für diese Kasse anmelden. Wer dieser Pflicht nicht genügt, haftet für alle Zahlungen gleich einem Mitgliede.

Gleich einer Gemeinde kann auch ein größerer Communalverband eingeschriebene Hülfskassen mit der Pflicht zur Betheiligung anordnen.

Den bezeichneten Arbeitern und Fabrikinhabern werden gleich behandelt Arbeiter und Arbeitgeber bei Bergwerken, Aufbereitungsanstalten, Brüchen und Gruben.[4]

II. Die Römischen s. g. Innominatrealcontracte.

§. 214.

1. Im Allgemeinen.

Die Römischen Innominatrealcontracte sind jetzt als Consensualverträge zu behandeln.

Und zwar haben sie zweiseitige Obligationen zur Folge. Die Klage aus denselben hat nur dann einen besonderen Namen, wenn die Voraussetzungen der Römischen actio praescriptis verbis[1] vorliegen, mithin von einem Theile erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, so haben wir gegenwärtig freilich eine Klage, die aber nicht actio praescriptis verbis genannt werden kann.

Zur heutigen Begründung der Klage aus den Römischen Innominatrealcontracten ist zu behaupten:

A. die active Legitimation des Klägers als des einen,

B. die passive des Beklagten als des anderen Contrahenten;

C. daß eine näher anzugebende Leistung, ein dare oder facere, eventuell das Interesse beansprucht werde;

D. weil der Vertrag do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des[2], oder auch mehrere dieser Fälle, z. B. do ut des et facias, durch Consens geschlossen sei.[3]

---

[4] Gesetz vom 8. April 1876 §§. 140, 141a—f.

[1] Praescriptis verbis act. oder p. v. in factum act., einer act. i. f. civilis oder i. f. civilis act. oder civilis act. i. f. L. 1 §. 1 und 2, l. 5 §. 2, l. 20 §. 2, l. 24 D. de praescriptis verbis et in factum actionibus (19; 5). Die Worte „in factum" bezeichnen hier nicht eine intentio in factum concepta, sondern deuten nur auf die praescriptio hin. Die Klage ist nicht subsidiär — l. 17 pr. D. (19; 5) —, aber bei unzweifelhafter Anwendbarkeit einer Klage aus einem benannten Contracte nicht zulässig — l. 1 pr., l. 2 D. (19; 5). Sie ist viel jünger, als die condictio causa data causa non secuta und von den Juristen nach und nach eingeführt, ohne völlige Beseitigung der condictio. Vgl. Elvers, Ueber die Actio in factum civilis oder praescriptis verbis, in dessen Themis, Neue Folge 1. B. Heft 2 (Göttingen 1840), S. 333—412.

[2] Das facio ut des machte den Röm. Juristen am meisten Bedenken, ist aber doch auch als genügend anerkannt. L. 5 §. 3, l. 15 D. (19; 5). Das Bedenken bestand wohl darin, daß das facere im Vergleich zum dare als etwas Geringeres erschien. Dieses Bedenken erklärt es auch, daß bei einer stipulatio ob causam futuram die act. praescriptis verbis auf ein dare wegen der Stipulation als Vorleistung nirgends als statthaft bezeichnet ist. Vgl. darüber Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten (Leipzig 1858), S. 200—202.

[3] L. 5 pr. D. (19; 5). Wenn für Dienstleistungen den Umständen nach eine

Ist bei der Lieferung von Waaren nach Angabe des Klägers nicht ein bestimmter Preis bedungen, also kein Kauf vorhanden, so kann der übliche Preis verlangt werden, mag dieser oder gar keiner bedungen (aber ein solcher doch beabsichtigt) sein.

Kläger muß also behaupten, daß der übliche Preis oder daß gar kein Preis bedungen (ein solcher aber doch beabsichtigt) sei und hat, wenn Beklagter behauptet, es sei ein geringerer Preis vereinbart, zu beweisen entweder, daß gar kein Preis oder daß der übliche bedungen sei. Ueberdies muß natürlich auch die Ueblichkeit, falls sie geleugnet wird, bewiesen und stets behauptet werden.[4]

E. Der Antrag geht auf Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des unter C bezeichneten Gegenstandes an den Kläger.

Der Regel nach kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages abgewartet werden und braucht erst in der Replik durch die Behauptung, daß erfüllt sei, oder durch das Anerbieten zur Erfüllung Zug um Zug beseitigt zu werden.

Im Fall der Schenkung unter einem Modus müßte allerdings schon in der Klage Erfüllung der Schenkung behauptet werden, sofern sie selbst

---

Gegenleistung als der Absicht beider Theile entsprechend anzusehen ist, liegt ein stillschweigender Vertrag vor. —

Soll eine Sache gewährt werden für eine Gegenleistung, welche zur Hälfte in Geld, zur Hälfte in einer anderen Sache besteht, so würde weder ein Kauf, noch ein Tausch, sondern ein sonstiger Innominatrealcontract anzunehmen sein. —

Die act. praescriptis verbis von Seiten dessen, der erfüllt hat, wird u. A. für anwendbar erklärt:

für den Eigenthümer der Waaren gegen den Schiffer, wenn es ungewiß ist, ob eine locatio conductio rei oder operis vorliegt (l. 1 §. 1 D. (19; 5);

wenn eine Sache zur Ermittelung des Werthes übergeben ist (l. 1 §. 2 D. (19; 5);

beim Tausch (l. 5 §. 1 D. 19; 5);

beim quasi-ususfructus nach Beendigung desselben (l. 10 D. [19; 5]);

beim Tröbelvertrage (l. 13 pr. D. [19; 5]);

beim Commodat einer unbeweglichen Sache (l. 17 pr. D. [19; 5]);

wenn wegen mangelnder Festsetzung eines bestimmten Lohns eine locatio conductio nicht angenommen werden kann (l. 22 D. [19; 5]);

zur Erfüllung eines Modus bei einer Schenkung, falls Kläger ein Interesse an der Erfüllung hat, indem sonst nur condicirt werden könnte (l. 28 D. de don. [39; 5]; c. 9 C. de don. [8; 53]; c. 8 C. de rer. perm. [4; 64]);

zur Erfüllung einer vergleichsweise bedungenen Leistung (c. 6 und 33 C. de transact. [2; 4]). Vgl. auch unten §. 246 letzte Note. —

Heut zu Tage gibt es manche dem Röm. Recht unbekannte Verträge, welche sich unter den Gesichtspunkt des Röm. Innominatrealcontracts stellen lassen, z. B. der Leibrentenvertrag.

[4] E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 19. S. auch Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 17 und 35. B. Nr. 167—169.

erst dem Beschenkten das Mittel zur Erfüllung des Modus gewähren soll, die Nativität der Klage auf Erfüllung des Modus daher durch Erfüllung der Schenkung bedingt ist.[5]

---

2. Besondere Arten der Römischen s. g. Innominatrealcontracte.

§. 215.

A. Der Tauschvertrag (permutatio).

Die Klage aus dem Tauschvertrage im engeren Sinne, d. h. dem Vertrage, welcher auf Hingabe (das dare[1]) einer Sache zum Eigenthum gegen eine solche Leistung einer anderen Sache gerichtet ist, erfordert zu ihrer Begründung, daß

a) Kläger

b) vom Beklagten

c) die Tradition der in Anspruch genommenen Sache zum Eigenthum, oder bezw. den Ersatz eines etwaigen Schadens[2], verlangen könne, weil

d) eine Einigung unter den Parteien über die verlangte Sache gegen die Leistung einer anderen Sache zum Eigenthum getroffen, bezw. der beanspruchte Schaden durch Verschulden oder Nichterfüllung einer Zusage verursacht sei[3]; und daß demnach

---

[5] Nach Röm. Recht mußte bei der act. praescriptis verbis sowohl, wie bei der condictio causa data causa non secuta auch die Erfüllung von Seiten des Klägers behauptet werden. Das Reurecht des Röm. Rechts fällt jetzt ganz weg, es möchte denn bedungen sein. Wer durch Casus an der Erfüllung verhindert ist, braucht nicht zu restituiren, ja kann sogar seinerseits auf Erfüllung klagen. Uebrigens war auch schon nach Röm. Recht die condictio causa data causa non secuta dann ausgeschlossen, wenn ohne casuelle Unmöglichkeit der Gegenleistung die act. praescriptis verbis statthaft gewesen wäre. L. 5 §. 1 D. (19; 5). L. 3 §. 3 D. de cond. c. d., c. n. s. (12; 4). C. 10 C. de cond. o. c. d. (4; 6). Die l. 16 D. (12; 4) enthält das ältere Recht. Die condictio causa data causa non secuta setzt eine causa futura voraus. Da nun jetzt die Innominatrealcontracte als Consensualcontracte behandelt werden, erscheint die Leistung des einen Contrahenten der Hauptsache nach nur als Erfüllung einer causa praeterita, so daß demnach das Gegebene regelmäßig nicht zu condiciren, sondern auf Erfüllung der Gegenleistung zu klagen ist. Wenn blos provisorisch oder unter der Voraussetzung, daß die Gegenleistung erfolgen werde, gegeben wäre, würde auch noch heutigen Tages allerdings condicirt werden können. Vgl. Endemann a. a. O. §. 102 unter V.

[1] L. 1 §. 3 D. de rerum permutatione (19; 4). L. 5 §. 1 D. de praesc. verb. (19; 5).

[2] L. 5 §. 1 D. (19; 5). C. 1 C. de rerum permutatione et praescriptis verbis (4; 64).

[3] Hat der eine Contrahent eine fremde Sache vertauscht, so daß er das Eigenthum nicht zu liefern vermag, so kann von ihm das Interesse verlangt werden. Dies kann auch in der Rücklieferung der ihm tradirten Sache bestehen, so daß mit der Klage

e) beantragt werde, den Beklagten zur Tradition der beanspruchten Sache zum Eigenthum an den Kläger, bezw. Ersatz des Schadens zu verurtheilen.

Beklagter kann namentlich einwenden: daß Kläger selbst noch nicht erfüllt habe, z. B. nicht Eigenthümer der von ihm tradirten Sache gewesen sei und daher auch dem Beklagten das Eigenthum nicht verschafft habe; daß die in Anspruch genommene Sache nach dem Abschluß des Geschäfts durch Casus untergangen sei, u. d. m.; dagegen nicht, daß er die Leistung des Interesses vorziehe.

§. 216.

B. Der Trödelvertrag (s. g. contractus aestimatorius).

a. Die actio aestimatoria praescriptis verbis[1] des Gebers aus dem Trödelvertrage erfordert zu ihrer Begründung die Behauptung, daß

1) Kläger als Geber activ,

2) Beklagter als Empfänger passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Zahlung des Preises oder Rückgabe der Sache in unverletztem Zustande[2] nach Wahl des Beklagten, ausnahmsweise auch blos um Zahlung des Preises, ferner um Schadensersatz, Verzugszinsen u. d. m., oder das Eine oder Andere handle;

4) daß ein vom Kläger erfüllter Trödelvertrag vorliege, d. i. daß Beklagter eine zu einem festen, genau anzugebenden Preise[3] angesetzte,

---

aus dem Tauschvertrage, nicht mit der condictio causa data causa non secuta, die Rücklieferung erzwungen werden kann. Der, welcher die fremde Sache tradirt hat, aber die Gegenleistung nicht erhalten kann, weil der andere Contrahent sich auf die exceptio non impleti contractus stützt, würde schließlich mit einer actio in factum wegen grundloser Bereicherung zu seinem Schaden die gegebene Sache zurückfordern können, er möchte sich denn eines Dolus schuldig gemacht haben. Wenn der Tausch nichtig ist, könnte das Gegebene mit einer condictio sine causa zurückverlangt werden. — Es ist übrigens noch zu beachten, daß die Art. 306—308 des H. G. B. sich auch auf den Tausch beziehen. Endemann a. a. O. §. 102 Note 13. Durch diese Anwendbarkeit der Art. 306—308 erleiden die vorstehenden Bemerkungen sich von selbst ergebende Modificationen.

[1] L. 1 pr. D. de aestimatoria (19; 3). Aus diesem Citat ergeben sich als quellenmäßige Bezeichnungen folgende: 1) aestimatoria, 2) act. de aestimato, 3) aestimatoria praescriptis verbis act.

[2] Daselbst.

[3] Erzielt der Trödler einen höheren Preis, so würde eine Klage auf diesen höheren Preis sich nur auf eine bezügliche besondere Uebereinkunft, nicht darauf, daß dem Trödler ein Lohn versprochen sei, gründen lassen. Wenn gar kein eigentlicher Trödelvertrag vorliegt, sondern nur eine locatio conductio oder ein Mandat,

gleichfalls genau zu bezeichnende Sache zum Verkauf vom Kläger dergestalt gegen oder ohne Lohn[4] erhalten und angenommen habe, daß er dem Geber entweder den angegebenen Preis zu zahlen oder die Sache unverletzt zurückzugeben habe.[5]

Geht der Antrag nur auf Zahlung des Preises, so ist dies besonders zu begründen, z. B. durch die Behauptung, daß die Sache untergegangen sei, oder der Empfänger die Sache verkauft habe. Da im letzteren Fall der gerade beabsichtigte Zweck des Geschäfts erreicht ist, würde Beklagter dolos handeln, wenn er wegen der Möglichkeit, daß er sich die Sache wieder verschaffen und sie dann geben könnte, das Wahlrecht in Anspruch nehmen wollte.

Im Fall eines Mandats oder einer bloßen Miethe (operarum oder operis) oder einer Societät wird auch allein auf Rückgabe der Sache geklagt werden können, ohne dem Beklagten das Wahlrecht zu lassen. Bei einer Societät wäre, wenn sie unzeitig aufgekündigt sein sollte, eine exceptio doli zum Zweck der Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs begründet.

5) Der regelmäßige Antrag geht dahin, Beklagten zu verurtheilen, an den Kläger entweder die Sache im unverletzten Zustande zurückzugeben oder den festgesetzten Preis zu bezahlen.[6]

b. Da jetzt der Vertrag ein Consensualvertrag ist, wenn auch bei der Klage des Gebers der Natur der Sache nach Erfüllung vorliegen muß, so kann auch der Trödler klagen, namentlich auf Uebergabe der Sache. Er hat dann anzugeben:

---

oder eine Societät — l. 44 D. pro soc. (17; 2) —, so würde auch hierauf hin die Klage wegen Auszahlung des höheren Preises, bezw. eines Theils desselben gegründet werden können.

[4] Im Fall des Lohns ist die Klage als actio utilis anwendbar. L. 2 D. h. t.

[5] Der Trödler wird Eigenthümer und trägt mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze über den Casus bei alternativen Obligationen und den Satz: „Genus perire non censetur“ die Gefahr, ohne sich durch den Nachweis eines Casus liberiren zu können. L. 1 §. 1 D. h. t. L. 3 D. loc. cond. (19; 2). Vgl. dagegen l. 4 pr., l. 11 pr. D. de R. C. (12; 1); l. 5 §. 18 D. de trib. act. (14; 4); l. 17 §. 1 D. de praesc. verb. (19; 5), und Pauli S. R. lib. II. tit. IV. §. 4. Diese Stellen sind auf solche Fälle zu beziehen, in denen nicht ein eigentlicher Trödelvertrag, sondern ein anderer Vertrag, z. B. ein Mandat u. d. m., vorliegt. Einige aber wenig befriedigende Bemerkungen über unsere Frage gibt Emmerich im A. f. d. c. P. 61. B. S. 277—281. Viele nehmen an, daß der Empfänger im Zweifel nur dann für den Zufall einstehen müsse, wenn er den Geber zur Eingehung des Vertrages aufgefordert habe; z. B. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. B. Abth. 2 (Göttingen 1839), §. 492 Note 5.

[6] Bei einem Verkauf nebst s. g. pactum de retroemendo kann blos auf Zahlung des Pretiums angetragen und die Einrede, daß Beklagter in Folge des Pactums die Sache zurückliefern wolle, durch die Replik, daß Kläger damit einverstanden sei und seine Klage rücksichtlich des Pretiums zurückziehe, erledigt werden.

1) daß er als Trödler activ,

2) Beklagter als Contrahent passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Hingabe der Sache an den Kläger, Zahlung eines Lohns, Schadensersatz, Verzugszinsen u. d. m., oder das Eine oder Andere handle;

4) weil der Trödelvertrag zwischen den Parteien geschlossen worden, bezw. der verlangte Lohn bedungen sei; Kläger seine Obliegenheiten in Ansehung des Lohnanspruchs erfüllt habe oder in Folge Nichterfüllung von Seiten des Klägers nicht habe erfüllen können; der specificirte Schaden vom Beklagten verschuldet oder unter Umständen durch Nichterfüllung seiner acceptirten Zusagen verursacht sei; er sich in Mora befinde, u. s. w.;

5) daß demnach gebeten werde, den Beklagten zur Herausgabe der Sache an den Kläger u. s. w. zu verurtheilen.

§. 217.

C. S. g. contractus suffragii.[1]

Dieser Vertrag besteht darin, daß der eine Theil die Beförderung und Empfehlung oder blos die Empfehlung eines Bittgesuchs übernimmt und der andere Theil dafür, sei es im Fall der Gewährung des Gesuchs, sei es ohne solche, eine Vergütung zusagt. Es kann der Vertrag auch jetzt noch ungeachtet der Bestimmung des Theodosius in der c. un. C. h. t. gegen die guten Sitten verstoßen und ist derselbe dann nichtig.[2] Möglich ist es auch, daß der Empfehler nicht zu einer Thätigkeit obligirt sein, sondern nur unter der Bedingung, daß er empfehle oder mit günstigem Erfolge empfehle, die Vergütung soll fordern können. Zur Begründung der Klage im regelmäßigen Fall ist anzugeben:

1) die Activlegitimation des Klägers zur Sache. Activ legitimirt ist jeder Contrahent.

2) Die Passivlegitimation des Beklagten zur Sache. Passiv legitimirt ist ebenfalls jeder Contrahent.

3) Der Gegenstand. Dies ist die Leistung der bedungenen Ver-

---

[1] C. un. C. de suffragio (4; 3). Nach Röm. Recht liegt kein s. g. pactum legitimum vor, sondern zur Klagbarkeit war nothwendig, daß der Vertrag als s. g. Innominatrealcontract behandelt werden konnte oder in eine Stipulation eingekleidet war. Deshalb und mit Rücksicht darauf, daß in der c. un. cit., wenn auch die Ausdrücke „contractus" und „suffragium", doch nicht der Ausdruck „contractus suffragii" vorkommt, sage ich „s. g. contractus suffragii".

[2] Stets unerlaubt ist der contractus suffragii jetzt doch nicht. A. M. Göschen a. a. O. §. 493.

gütung, bezw. die Beförderung und Empfehlung oder blos die Empfehlung des Bittgesuchs, eventuell Schadensersatz.

4) Der Grund. Dieser besteht darin, daß der contractus suffragii abgeschlossen sei, und zwar schriftlich, sofern die Vergütung in Grundstücken besteht.

Ferner, wenn der Empfehler klagt, daß er das Gesuch befördert und empfohlen, bezw. empfohlen, auch einen günstigen Erfolg erwirkt habe. Kann oder braucht letzteres nicht behauptet zu werden, so ist anzugeben, daß die Gegenleistung blos für die Beförderung und Empfehlung oder blos für letztere bedungen sei.

Wenn der andere Theil klagt, ist ferner anzugeben, daß er dem Beklagten das Bittgesuch zur Beförderung und Empfehlung überreicht habe oder, wenn nach Einreichung des Gesuchs nur empfohlen werden soll, daß das Gesuch eingereicht sei.

Wird eventuell vom Bittsteller auf Schadensersatz geklagt, so ist darzulegen, daß durch das schuldvolle Verhalten des Beklagten oder durch die Nichterfüllung einer Zusage der beanspruchte Schaden verursacht sei. Der Regel nach wird ein Nachweis über ein höheres Interesse, als das Gegebene beträgt, nicht genügend erbracht werden können, so daß dann nur die etwa im Voraus bezahlte Vergütung zurückgefordert werden könnte.

5) Der Antrag ergibt sich aus den Angaben zu 3.

III. Die Stipulation.

§. 218.

Hierbei ist

1) das jetzige Recht im Allgemeinen,
2) die Novation,
3) die Bürgschaft

hervorzuheben.

1. Das jetzige Recht im Allgemeinen.

Es ist bei den Obligationen ein formeller und ein materieller [1] Verpflichtungsgrund zu unterscheiden. Meistens fällt beides zusammen; z. B. der perfecte Consens über Sache und Preis beim Kauf enthält formell und materiell den Verpflichtungsgrund. Bei der Stipulation, einem

[1] Ein Vergleich steht immer einem materiellen Verpflichtungsgrunde gleich. Selbst bei der Anweisung darf derselbe nicht fehlen, wenn er im Allgemeinen auch nicht zwischen dem Assignatar und Assignaten, sondern zwischen dem Assignanten und Assignatar sowie dem Assignanten und Assignaten auszugleichen ist.

Geschäfte stricti juris in Form einer bestimmten Frage und alsbaldigen entsprechenden Antwort unter Anwesenden, und bei dem Litteralcontract dagegen tritt oft nur der formelle Grund hervor. Es genügte nun nach Römischem Recht meistens [2] bei der Stipulation und auch beim Litteralcontract der formelle Grund zur Geltendmachung des Anspruchs mittels Klagen. Aber auch bei der Stipulation und dem Litteralcontract kam der materielle Grund allgemein zur Geltung. Durch die exceptio doli, eine Condiction, eine Restitution, die actiones doli, quod metus causa u. d. m., unter Umständen sogar auch durch die Behandlung des Geschäfts als eines nichtigen [3], wird der Mangel eines materiellen Grundes geltend gemacht. In diesen Fällen mußte der Anfechtende den Mangel substantiiren und beweisen. Bei der mancipatio und der in jure cessio war es ebenso, wie bei der Stipulation und dem Litteralcontract. Wenn sie nämlich auch anders, als bei der eine justa causa dominii transferendi erfordernden Tradition, ohne solche als imaginaria venditio, bezw. erfolgreiche Vindication Eigenthum u. s. w. gaben [4], so war damit die Frage, ob dies Eigenthum ein unwiderrufliches sei, doch noch nicht entschieden. Zur Zeit der classischen Jurisprudenz kam auch bei der mancipatio und in jure cessio der materielle Grund zur Geltung. [5] In der älteren Zeit des Römischen Rechts war begreiflich die Geltung des materiellen Grundes sehr beschränkt. Für die Zeit des Pandektenrechts war sie durchweg zur Herrschaft gelangt; meistens war nur nicht zur Begründung der Klage bei der Stipulation und dem Litteralcontract die Angabe des materiellen Grundes erforderlich. Da auch die Formalcontracte nicht gegen das öffentliche Recht, die guten Sitten, die Rechte Dritter verstoßen durften [6], so war der Uebergang von diesen Arten des Mangels eines materiellen Grundes auch zu anderen, blos den Promittenten berührenden ein höchst natürlicher.

Der Grund, weshalb bei der Stipulation die formelle causa zur

---

[2] Ausnahmen traten ein, wenn der materielle Grund als ausdrückliche oder stillschweigende Bedingung oder Voraussetzung mit in die Stipulation hineingezogen war, z. B. bei der Fidejussion. Dabei mußte Kläger auch nach Röm. Recht die zu Grunde liegende Obligation behaupten und beweisen. Im Allgemeinen aber natürlich nicht. Vgl. unten §. 219, insbesondere Note 16, und §. 220, sowie Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela non numeratae pecuniae (Leipzig 1858), §. 3.

[3] L. 15 D. de fid. et mand. (46; 1). L. 5 §. 2—4 D. de don. i. v. e. u. (24; 1).

[4] Ulpiani F. tit. XIX. 1—7 und 9—14. Gneist, Die formellen Verträge (Berlin 1845), S. 115—125.

[5] Gaji J. IV. §. 117.

[6] L. 97 §. 2, l. 107 D. de V. O. (45; 1).

Klage genügte, lag ursprünglich wohl darin, daß bei der Stipulation eine Numeration, ein creditum fingirt sein dürfte[7], und später darin, daß die mündliche Frage und die alsbaldige entsprechende mündliche Antwort animo stipulantium und in der gesetzlichen Form (insbesondere noch unter persönlicher Anwesenheit der Contrahenten, die sich gegenseitig gehört und verstanden haben mußten,)[8] genügende Sicherheit für den Abschluß des Geschäfts und die Ernstlichkeit des Willens darbot.

Heutigen Tages treten nun in Ansehung der Stipulation folgende wichtige Abweichungen ein.

1) Diejenigen Grundsätze des Römischen Rechts, welche nur eine Folge des jus strictum sind, fallen weg. Dies konnte auch schon nach Römischem Recht durch Hinzufügung der clausula de dolo wenigstens theilweise erreicht werden.

2) Die Form der bestimmten Frage und Antwort unter Anwesenden ist nicht nothwendig, wenn auch möglich. Sie nützt und schadet nicht.

3) Der jetzt an die Stelle der Stipulation tretende Consensualvertrag ist kein Formalcontract. Dabei muß (wie auch nach Römischem Recht bei einer pactio nuda zur Begründung einer — im Gegensatz zu einer exceptio gegen eine actio übrigens streitigen, auch nicht mit einer Quellenstelle belegbaren — obligatio naturalis) ein materieller Verpflichtungsgrund vorhanden sein und vom Kläger dargelegt werden.[9]

---

[7] Gneist a. a. O. S. 135—138. Heimbach, Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (Leipzig 1849), S. 285 fg.

[8] Nach c. 10 C. de contrahenda et committenda stipulatione (8; 37) waren solemnia vel directa verba nicht mehr erforderlich. Weiter noch geht Justinian in der c. 14 C. (8; 37). Danach sollte gegen die in der Stipulationsurkunde enthaltene Angabe, daß der Stipulator Sklave einer gewissen Person sei, gar kein Gegenbeweis zulässig sein, und die Angabe über die Anwesenheit der Parteien nur durch den Gegenbeweis, daß die eine oder andere Partei am Tage der Stipulation von dem bezüglichen Orte (civitate) abwesend gewesen sei, geführt werden können. — Ueber den im Text erwähnten animus stipulantium s. l. 7 §. 12 D. de pact. (2; 14).

[9] Vgl. gegen das Erforderniß eines materiellen Verpflichtungsgrundes Schl.-Holst. A. v. 1866, S. 140 fg.; Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 21, und namentlich in Ansehung des Handelsverkehrs Endemann a. a. O. §. 96 u. s. w. S. andererseits l. 49 §. 2 D. de pec. (15; 1); l. 25 §. 4 D. de prob. (22; 3); l. 2 §. 3 D. de doli mali — exc. (44; 4); l. 61 pr. §. 1 D. de O. et A. (44; 7); c. 2 C. de transact. (2; 4); Schlesinger a. a. O. §. 9; Koch, Zur Lehre von der causa obligationis nach preußischem Recht, in Gruchot's Beiträgen X. Jahrgang (Berlin 1866), S. 484—501, und Wächter, Pandekten, II. (Leipzig 1881), S. 355. Bei einer Novation, Bürgschaft, einem Hinzutritt zu einer Obligation als Correalschuldner, irgend einem zu einer Leistung verpflichtenden Anerkennungsvertrage ist ein materieller Verpflichtungsgrund vorhanden. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn letzterer zur Vermeidung von Zweifeln und Streitigkeiten unanfechtbar (abgesehen vom Dolus) fest-

Mit dem Wegfall der Stipulation ist jetzt die Sache für den Kläger also ungünstiger geworden; er muß sich bei seiner Klage selbst schon auf eine materielle causa stützen. Es kann somit durch einfachen Vertrag das nicht erreicht werden, was durch die Stipulation erreicht werden konnte. Dagegen gewährt der Empfang eines Wechsels dem Gläubiger wieder denselben Vortheil, den die Stipulation ihm gab.[10] Somit verhalten sich Stipulation und Wechsel zu einer materiellen causa debendi ähnlich, wie der Besitz sammt den Rechtsmitteln auf Erlangung oder Wiedererlangung desselben zum Eigenthum nebst den Eigenthumsklagen. Für den geschäftlichen Verkehr ist übrigens ein Formalcontract, auf welchen hin der Gläubiger vorläufig die Erfüllung erreichen kann, ein

---

gestellt sein sollte. Wenn dagegen jetzt der Jurist B. sich ohne materielle causa, mithin auch nicht schenkweise, vom Juristen X. 100 Mark promittiren ließe, so würde er doch keine Klage haben, möchte eine untadelhafte Stipulationsform angewandt sein oder nicht. Der Einwand, es läge dann aber eventuell jedenfalls eine Schenkung vor, ist nicht immer zutreffend. X. könnte ja die 100 Mark promittirt haben, weil er solches Versprechen doch für ungültig hielt. Könnte eine Schenkung den Umständen nach angenommen werden, so wäre allerdings eine Klagbarkeit begründet, aber nicht wegen des nackten Versprechens, sondern wegen der Schenkung und es müßte dann auch zur Substantiirung der Klage dargelegt werden, daß ungeachtet des Mangels einer ausdrücklichen Angabe der causa doch eine Schenkung beabsichtigt und acceptirt sei. Die verworfene Ansicht beruht auf einem übertriebenen Selbstbestimmungsgefühl gegenüber der wohlbegründeten gerichtlichen Vormundschaft in Ansehung einer materiellen causa. Es liegt ein auffälliger Widerspruch darin, daß man ungeachtet der vorhandenen materiellen causa und des gebundenen Willens der Contrahenten der Anfechtung wegen s. g. laesio enormis in der Theorie und Praxis oft eine so weite ungerechtfertigte Ausdehnung gibt, als ob die Contrahenten durchaus bevormundet werden müßten — und andererseits wiederum, obschon eine materielle causa fehlt, den Willen der Contrahenten über alle wohlbegründete Einschränkung und wirklich einmal zutreffender Weise gerechtfertigte Bevormundung erhebt. Wenn übrigens Endemann, Beweislehre (Heidelberg 1860), S. 171 meint, für die Construction des formalen Anerkennungsvertrages würde eigentlich die noch geltende confessio in jure einen noch besseren Ausgangspunkt, als die historische Stipulation, bieten, so ist dies richtig, nur liegt kein formaler Vertrag vor, weder bei der confessio in jure, noch bei dem Anerkennungsvertrage überhaupt. Das vom Kläger geltend gemachte Recht, selbst wenn man noch eine Vindication causa non adjecta zulassen wollte, und das der Anerkennung zu Grunde liegende Verhältniß sind sehr erhebliche materielle causae, die denn auch stets vom Confitenten und Promittenten jedenfalls wegen Dolus oder Simulation, unter Umständen auch wegen Irrthums u. d. m., angefochten werden können.

Schließlich mag noch bemerkt werden, daß bei dem Streit über das Erforderniß der materiellen causa von einem Gewohnheitsrecht zu Gunsten des Formalcontracts doch mit Grund nicht die Rede sein kann.

[10] Hierauf haben auch schon Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Auflage (Cassel und Göttingen 1867), S. 32 und Andere hingewiesen.

Bedürfniß. Deshalb ist die Zulassung der Peregrinen zur Stipulation nach Römischem Recht sehr erklärlich[11], die Beseitigung der doch auch im Justinianeischen Recht beibehaltenen Stipulation im Deutschen Recht nicht unbefremdend und der Wechselvertrag als Surrogat wiederum natürlich. Auffallend ist es nur, daß man die Wechselfähigkeit wieder einzuschränken sucht. Wenn auch in der Politik der Conservativismus seine Berechtigung hat, so ist doch in gewerblicher, handelsrechtlicher, überhaupt in jeder Art von volkswirthschaftlicher Beziehung jede irgend unnöthige Beschränkung der Freiheit ein Hinderniß der allgemeinen Wohlfahrt.

Man könnte noch an den promissorischen Eid als Surrogat der Stipulation in Gemäßheit des Kanonischen Rechts und der constitutio Friderici „Sacramenta puberum" denken. Es sind diese in Ansehung der Wirkungen dieses Eides (Beseitigung der Nichtigkeit wie Anfechtbarkeit, sofern nicht das öffentliche Interesse, die Moral, die Religion, Rechte Dritter oder das eigene Seelenheil im Wege stehen) freilich wohl praktisch; aber das Mittel ist an sich bedenklich, auch nicht für die Erben des Schwörenden verbindlich.[12]

Dagegen kann eine Klage aus einem s. g. documentum indiscretum nur Erfolg haben, wenn Kläger die materielle causa ergänzt und im Leugnungsfalle bewiesen hat.[13] Solange übrigens die Wechselfähigkeit nicht beschränkt wird, ist auch für die Gesetzgebung kein Grund vorhanden, dem documentum indiscretum die Wirkung der Stipulation beizulegen.

Aus den vorstehenden Bemerkungen geht hervor, daß für uns hauptsächlich nur diejenigen Fälle der Römischen Stipulation von Interesse sind, bei denen es an einem materiellen Verpflichtungsgrunde nicht fehlt. Dahin sind zu rechnen die durch Stipulation begründete Correalität, sofern zu einer vorhandenen Obligation ein correus hinzutritt, die Novation und die Fidejussion. Da indessen erstere auch anderweitig ebensowohl, als durch Stipulation, entstehen konnte[14], ist hier nur die Novation und die

---

[11] Sie war (mit Ausnahme der Formel: „Spondes — spondeo") insofern juris gentium; desgl. die Acceptilation. L. 8 §. 4 D. de accept. (46; 4).

[12] Gesterding, Nachforschungen (Greifswald 1826), 1. Th. S. 82—84.

[13] A. M. Bähr a. a. O. S. 280 fg. Gegenüber der l. 25 §. 4 D. de prob. (22; 3) und dem c. 14 X. de fide instr. (2; 22) ließe sich Bähr's Ansicht nur dann billigen, wenn jetzt durch einfachen Vertrag dasselbe erreicht werden könnte, was durch eine Stipulation zu erreichen war. Dies ist aber nicht anzuerkennen.

[14] Die Frage, ob eine correale Obligation (d. h. eine solche mit einer Einheit in Betreff des Gegenstandes — una obligatio, eadem obligatio und una summa, unum debitum; l. 3 §. 1 D. de duob. reis const. (45; 2); l. 16 D. de accept. (46; 4); l. 9 pr. D. de pact. (2; 14) — und daher auch der Erfüllung) oder eine solidarische Obligation (d. h. eine solche ohne Einheit in Betreff des Gegenstandes, aber doch der Erfüllung) vorliege, ist für mein Thema nicht von

Fidejussion zu behandeln; letztere aber unter Mitberücksichtigung des s. g. constitutum debiti alieni und des s. g. mandatum qualificatum.

---

besonderer Erheblichkeit. Denn der Unterschied macht sich hauptsächlich nur in Ansehung der Einreden (z. B. der Einrede der mit Einem Mitschuldner oder Mitgläubiger geschlossenen Novation — l. 31 §. 1 D. de nov. et del. [46; 2]; l. 8 §. 11, l. 20 D. ad S. C. Vell. [16; 1]; l. 33 §. 1 D. de stip. serv. [45; 3] —; einer solchen Acceptilation, bezw. eines solchen mutuus dissensus; des von Einem Mitschuldner oder gegen Einen Mitgläubiger erwirkten absolutorischen Urtheils — l. 42 §. 3 D. de jurejur. [12; 2] —; des über die Nichtschuld von einem solchen oder gegen einen solchen geleisteten Eides — l. 27, l. 28 pr. §. 1 D. eod. l. —; des Vergleichs mit angeschlossener Novation oder Acceptilation — c. 1 C. de transact. [2; 4] —; nach Vorjustinianeischem Recht auch, sofern nicht durch Stipulation oder ein Mandat Abhülfe geschafft oder durch ein s. g. pactum adjectum etwas Anderes festgesetzt war, der Litiscontestation — c. 28 C. de fid. et mand. [8; 40], bezw. l. 52 §. 3 D. de fid. et mand. [46; 1] —); dagegen nicht in Ansehung der Klagbegründung geltend. Deshalb habe ich auch keine Veranlassung, den Unterschied zwischen correalen und solidarischen Obligationen hier gerade gründlich zu behandeln. Indessen kann selbiger doch für die Begründung der Klage von Einfluß sein. Z. B. die von Einem Mitschuldner abgeschlossene Novation befreit bei der Correalität auch die anderen, bei der Solidarität nur dann, wenn der Gläubiger dadurch wirklich Befriedigung erhalten hat. Wenn also Kläger selbst eine Novation in seiner Klage zugibt und doch gegen einen anderen Mitschuldner klagt, so würde diese Klage nur noch im Fall der Solidarität ohne Weiteres begründet sein; nicht auch im Fall der Correalität wegen der ipso jure eintretenden Wirkung der Novation. Da nun eine Correalität u. A. dann zu präsumiren ist, wenn sonst Haftung nur pro partibus eintreten würde, nach der Regel: „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt" und weil die passive Correalität eine geringere Haftpflicht in sich schließt, als die passive Solidarität, so hätte in einem solchen Fall Kläger auch eine solche Solidarität zur Begründung seiner Klage darzulegen. Somit kann ich den beregten Unterschied nicht ganz unberührt lassen. Meine Ansicht ist kurz folgende:

1) Die Regel ist die, daß so viele Obligationen angenommen werden müssen, als Mitgläubiger oder Mitschuldner vorhanden sind. Denn da jede Obligation ein besonderes persönliches Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner begründet, müssen bei einer Mehrheit von Mitgläubigern oder Mitschuldnern regelmäßig auch mehrere Obligationen angenommen werden.

2) Diese Regel gilt für alle Fälle, mögen die Mehreren pro partibus oder in solidum berechtigt oder verpflichtet sein. Die Berechtigung oder Haftung pro partibus ist nicht ausreichend dazu, die Mehrheit der Obligationen zu beseitigen.

3) Die solidarische Berechtigung oder Verpflichtung, im Gegensatz gegen die partielle, bildet die Ausnahme. L. 11 §. 1 und 2 D. de duob. reis const. (45; 2).

4) Für eine derartige Ausnahme muß stets ein besonderer Rechtsgrund angegeben werden können.

5) Wenn nun dieser Rechtsgrund in Verbindung mit den sonstigen Umständen geeignet ist, der Natur der Sache nach aus der subjectiven Mehrheit der Sonderobligationen eine objective Einheit zu schaffen oder ungeachtet der subjectiven Mehr-

§. 219.

2. Die Novation.

Die ungeachtet des Wegfalls der Stipulation auch jetzt noch praktische Novation (vgl. v. Salpius, Novation und Delegation nach Römischem Recht [Berlin 1864], §. 77) ist die Errichtung einer neuen Obligation unter völliger

---

heit eine objective Einheit anzunehmen, dann liegt eine correale Obligation, sonst eine solidarische Obligation im engeren Sinne vor.

A. Jenes ist in folgenden Fällen anzunehmen:

a) Wenn die solidarische Berechtigung oder Verpflichtung durch einen ausdrücklichen oder auf concludenten Umständen beruhenden Vertrag (nach Röm. Recht eine Stipulation oder ein auch bei negotia stricti juris zur Begründung einer Correalität zugelassenes s. g. pactum adjectum — l. 47 D. loc. cond. [19; 2]; l. 1 §. 44 D. dep. v. contra [16; 3]; l. 7 §. 8 D. ad S. C. Mac. [14; 6]; c. 5, 9 und 12 C. si cert. pet. [4; 2]; l. 51 §. 4 D. de ev. [21; 2] —) festgesetzt ist und ohne solchen Vertrag Berechtigung und Verpflichtung nur pro partibus eintreten würde. Denn ½ und ½ können wohl Ein Ganzes, aber im Allgemeinen doch nicht zwei Ganze bilden oder mit anderen Worten, es gilt die Regel: „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt." Die Correalität ist eben das Mildere im Verhältniß zu der Solidarität. L. 2, l. 3 §. 1 D. de duob. reis const. (45; 2). Der Vertrag könnte freilich auch eine Solidarität begründen, aber doch nur dann, wenn der strengere Erfolg beabsichtigt wäre. Umgekehrt könnte ein Vertrag auch den Zweck haben, an die Stelle einer sonstigen Solidarität eine Correalität zu setzen. L. 9 D. de duob. reis const. (45; 2).

b) Dasselbe gilt von einer testamentarischen Anordnung; wobei eine alternative Auflage genügt. L. 9 pr. D. de duob. reis const. (45; 2). L. 16 D. de leg. II. (31). L. 8 §. 1 D. de leg. I. (30). Vgl. übrigens auch c. 4 C. de V. S. (6; 38).

c) Desgl. von der accessorischen Verpflichtung der fidejussores im Verhältniß zum Hauptschuldner, weil dessen principale Obligation die maßgebende, die accessorische subjective Mehrheit als objective Mehrheit nicht zulassende, Einheit oder Identität ausmacht. Dagegen können Mitbürgen im Verhältniß zu einander sowohl Correalschuldner, als auch solidarische sein. Im Zweifel sind sie Correalschuldner, mögen sie sonst pro partibus haften oder in solidum, weil auch für den letzteren Fall die nothwendige Identität in Ansehung des Verhältnisses des Bürgen zum Hauptschuldner der Annahme einer Solidarität im Verhältniß der Mitbürgen zu einander im Zweifel im Wege steht. Anders ist ersteres beim s. g. constitutum debiti alieni und beim s. g. mandatum qualificatum. Wir haben in diesen beiden Fällen freilich auch accessorische, aber doch in einem höheren Grade, als bei der fidejussio, mehrere selbständige Obligationen, so daß in Ansehung des objectiven Bestandes der Obligationen nicht ein ausreichender Grund zur Annahme einer Identität oder Unität vorliegt. Somit ist kein Grund zu einer bloßen Correalität vorhanden. Demnach ist ferner auch bezüglich mehrerer Constituenten und Mandatoren im Zweifel eine Solidarität gerechtfertigt. L. 52 §. 3 D. de fid. et mand. (46; 1). C. 28 C. de fid. et mand. (8; 40). In Ansehung mehrerer Constituenten ist jedoch noch zu beachten, daß sie der Regel nach überhaupt nur pro partibus

Erlöschung einer anderen. Nicht die Tilgung der letzteren ist dabei die

---

haften. Wird nun eine Haftung in solidum bedungen, so ist dies im Zweifel eine bloße passive Correalität. L. 16 pr. D. de pec. const. (13; 5). Wenn sie aber sonst an sich schon in solidum haften, z. B. wenn Jeder für sich constituirt hat und dann noch eine Haftung in solidum bedungen wird, ist eine Solidarität anzunehmen.

d) Ebenso ist es bei den s. g. actiones adjecticiae qualitatis, den actiones exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso und quod jussu, so weit es sich um die accessorische Verbindlichkeit des indirect Haftenden im Verhältniß zu der des direct Verpflichteten handelt. Also nehme ich eine Correalität an. Die Identität in Betreff des Gegenstandes ist hierbei dadurch gegeben, daß ohne die principale Obligation des magister u. s. w. von der accessorischen des exercitor u. s. w. nicht die Rede sein kann. L. 6 §. 4 D. nautae, caupones (4; 9). Dagegen sind mehrere exercitores navis oder tabernae, desgl. mehrere Gewalthaber in Ansehung der actiones tributoria, de peculio, de in rem verso und quod jussu solidarische Mitschuldner, weil sie sonst doch nicht nur pro partibus, sondern ganz haften würden.

e) Ferner bei den Noxalklagen gilt ein Gleiches.

f) Endlich auch im Fall der Untheilbarkeit.

Wenn ohne Untheilbarkeit eine Berechtigung oder Haftung pro partibus anzunehmen wäre, kann die Untheilbarkeit an sich nur zu einem Wegfall einer Theilung, nicht zu einer Mehrheit von Obligationen in Ansehung des objectiven Bestandes, also nur zu einer Identität, mithin einer Correalität führen. In den namentlich in Betracht kommenden Stellen — l. 2, 3, 4, 72 pr. und 85 D. de V. O. (45; 1) — ist auch Nichts enthalten, was auf eine Solidarität schließen ließe.

B. Dagegen nehme ich, abgesehen von den bereits angedeuteten Fällen, ferner in nachstehenden Fällen eine Solidarität an:

a) Bei gemeinsamen Delicten wegen Dolus. Denn der Dolus fällt der Natur der Sache nach jedem Delinquenten ganz zur Last. Mithin ist kein Grund zur Annahme einer gelinderen Correalität vorhanden. L. 5 D. de nox. act. (9; 4). L. 1 §. 4 D. de eo, per quem (2; 10). L. 14 §. 15, l. 15 D. quod met. causa (4; 2). L. 7 §. 4 D. quod falso tut. (27; 6). L. 17 pr. D. de dolo malo (4; 3). L. 1 §. 13 D. de vi (43; 16). C. 1 C. de cond. furt. (4; 8).

b) Bei gemeinsamen Delicten wegen Culpa aus gleichem Grunde. L. 3 pr. D. si mens. f. m. d. (11; 3).

c) Bei gemeinsamen Delicten wegen einfacher Widerrechtlichkeit, welche ebensowenig eine beschränkte Wirkung haben kann.

d) Bei der gemeinsamen Haftung für Delicte Dritter, da die bezüglichen Obligationen überhaupt im Zweifel nach den bei Delictsobligationen geltenden Grundsätzen zu behandeln sind. L. 1 §. 10, l. 2—4 D. de his, qui eff. v. dej. (9; 3). L. 5 D. de nox. act. (9; 4).

e) In Betreff der Restitution der Sache beim Mieth- und Pachtvertrage, Commodat, Depositum u. d. m., weil der Gesichtspunkt eines haftbar machenden Verschuldens im weiteren Sinne (eines Dolus, einer Culpa oder einer einfachen Widerrechtlichkeit) hierbei zutreffend ist. L. 15 D. de tut. — act. (27; 3). L. 5 §. 15 D. comm. v. contra (13; 6). L. 1 §. 43 D. dep. v. contra (16; 3). Beklagter kann einwenden, daß die Restitution unmöglich sei und (beim Mieth- und

Hauptsache, sondern die Errichtung der neuen Obligation; gerade ebenso

---

Pachtvertrage, sowie Commodat) ihm keine culpa levis zur Last falle. Beim Depositum genügt ersteres, so daß Kläger eine culpa lata nachzuweisen hätte. Hieraus erhellt, daß Beklagter ohne Culpa gar nicht haftet. Mithin ist der bezeichnete Gesichtspunkt der richtige, woraus sich denn die Solidarität, im Gegensatz gegen die Correalität, ergibt. Es kann indessen eine Correalität bedungen werden, vorausgesetzt, daß nicht von Anfang an eine Haftung für verschiedene Grade der Culpa ausgemacht ist (l. 9 pr. §. 1 D. de duob. reis const. [45; 2]); jedoch würde solche Correalität nur als Ausnahme zu betrachten sein. Auch könnte ausgemacht werden, daß Einer ohne eigene Culpa für die des Anderen mithaften solle, was im Zweifel gleichfalls nicht gelten würde. In diesem Falle würde der Promittent als Bürge oder als Mandator zu beurtheilen sein.

f) Wegen Gemeinsamkeit eines Dolus, einer Culpa, einer einfachen Widerrechtlichkeit bei gemeinschaftlichen Verträgen oder Quasicontracten aus gleichem Grunde. Was unter e in Betreff der Restitution der Sache bemerkt worden, ist also auch anderweitig anzuwenden, denn es beruht auf der Natur der Sache, weil, wenn Mehrere sich eines Dolus u. s. w. schuldig gemacht haben, Jeder auch den Schaden ganz veranlaßt hat. L. 1 §. 43 D. dep. v. contra (16; 3). L. 18 §. 1, l. 42, 45, 55 pr. §. 1 D. de adm. e. p. t. (26; 7). L. 15, 18 und 21 D. de tut. — act. (27; 3). C. 2 C. de contr. jud. tut. (5; 58).

g) In Ansehung der Haftung mehrerer Mandanten und Mandatare, da jeder das Mandat ganz ertheilt, bezw. ganz angenommen hat. L. 15 D. de tut. — act. (27; 3). L. 52 §. 3 D. de fid. et mand. (46; 1). L. 59 §. 3, l. 60 §. 2 D. mand. v. contra (17; 1). C. 28 C. de fid. et mand. (8; 40).

h) Bei einer gesetzlichen Obligation, falls das Gesetz einen Jeden ganz haftbar macht oder berechtigt, z. B. bei der Verbindlichkeit mehrerer Verwandten zur Alimentation. Wenn das Gesetz dies thut, muß es wohl nach der Natur der Sache eine Veranlassung dazu haben. Und unter solcher Voraussetzung ist kein genügender Grund zur Annahme einer bloßen Correalität vorhanden.

In diesen Fällen unter a—h beruht die solidarische Haftung lediglich auf gesetzlicher Vorschrift, nicht auf Vertrag. Jener liegt die Natur der Sache zu Grunde, nicht ein präsumirter oder fingirter Vertrag. Es entspricht die solidarische Haftung der Natur der Sache, weil von einer Berechtigung oder Haftung nur pro partibus überall nicht die Rede sein kann, auch nicht eine principale Obligation als Grundlage zur Annahme einer Identität oder Correalität zwingt. Wenn es sich um Strafe, nicht um Restitution oder Schadensersatz u. d. m. handelte, würde Jeder die Strafe auch ganz zu zahlen haben, ohne sich darauf berufen zu können, daß ein Anderer die Strafe schon entrichtet habe. Da es sich nun blos um Ersatz handelt, befreit Zahlung des Einen freilich auch den Anderen, indem in Folge der Zahlung alles weitere Interesse des Gläubigers beseitigt ist. Dieser Umstand kann aber unmöglich auch zur Annahme einer bloßen Correalität führen. Die entgegenstehende Ansicht (z. B. von Fritz, Ueber die ohne Correalstipulation entstehenden römischen Correalobligationen, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß 21. B. (Gießen 1865), S. 451—498) entbehrt jedes äußeren, und namentlich auch inneren Grundes. Ich verweise in dieser Hinsicht auf Ribbentrop, Zur Lehre von der Correalobligation (Göttingen 1831).

Mit Rücksicht auf die einzelnen unter a—h aufgeführten Gründe kann immer

wie nach dem Tode einer Person der Erbe, nicht aber der Erblasser die Hauptperson ist.[1]

Die Begründung der Klage erfordert nachstehende Angaben:

1) Kläger sei als Gläubiger der neuen Obligation activ zur Sache legitimirt. Ist er verschieden vom Gläubiger der novirten Obligation, so liegt eine (als active zu bezeichnende) Delegation vor, wobei ein Mandat im weitesten Sinne[2], d. h. irgend ein Einverständniß zwischen beiden Gläubigern sowie zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger der novirten Obligation, angenommen werden kann.[3]

2) Beklagter sei als Schuldner der neuen Obligation passiv zur Sache legitimirt, mag er schon Schuldner der novirten Obligation gewesen sein oder nicht. Im letzteren Falle ist der neue Schuldner entweder ohne Auftrag[4] des anderen eingetreten oder im Auftrage desselben. Demgemäß ist nach dem heutigen Sprachgebrauch eine Expromission oder eine (als passive zu bezeichnende) Delegation vorhanden.[5]

3) Der Gegenstand bestehe in demjenigen, worauf die neue Obligation gerichtet sei. Dieselbe braucht nicht alle Leistungen der alten Obli-

---

nur von einer s. g. passiven Solidarität die Rede sein, während eine s. g. active Correalität sehr wohl durch Vertrag oder letztwillige Auflage u. d. m. begründet sein kann.

Es beruhen die vorstehenden Grundsätze lediglich auf der Natur der Sache. Danach ist in jedem Falle leicht zu unterscheiden, ob eine correale oder solidarische Obligation vorliege. Die angegebenen Grundsätze finden in den Quellen ihre freilich nicht immer bestimmt hervorgehobene, aber doch genügend angedeutete Bestätigung. Wie so oft, muß man auch in der vorliegenden Frage zur Auslegung der Quellen allerdings mehr die Natur der Sache heranziehen, als solches oft zu geschehen pflegt.

[1] Die Definition Ulpian's in der l. 1 pr. D. de novationibus et delegationibus (46; 2) stellt die neue Obligation als die Hauptsache hin. Vgl. auch l. 4 §. 1 D. de usur. (22; 1). Und der Ausdruck „Novation (Schulderneuerung)" ist nicht der Tilgung der alten Schuld, sondern der Errichtung der neuen entlehnt. Mithin ist die gewöhnliche Stellung der Lehre von der Novation unter die Lehre von der Aufhebung der Obligationen nicht zu empfehlen. Dagegen kann man sich nicht auf Gaji J. III. §. 176 berufen, weil dem Gajus doch eine Unfehlbarkeit, insbesondere in Betreff der Systematisirung, nicht eingeräumt werden darf.

[2] Im Fall einer negotiorum gestio steht demselben eine Ratihabition gleich. L. 22 D. h. t.

[3] Ein solutionis causa adjectus kann nicht noviren. L. 10 D. h. t. Ebenfalls nicht ein filiusfamilias (oder servus), jedoch beschränkt, sofern ihm die Administration des Peculiums eingeräumt ist; nicht ein Pupill ohne auctoritas tutoris; nicht ein Vormund, es möchte denn dem Bevormundeten nützlich sein; nicht ein Prodigus, sofern er nicht seine Lage verbessert; wohl aber ein procurator omnium negotiorum. L. 3, 20, 23, 34 pr. §. 1 D. h. t.

[4] Möglicherweise selbst wider dessen Willen. L. 8 §. 5 D. h. t.

[5] L. 11 D. h. t. Der neue Schuldner hat keineswegs alle nicht höchstpersönlichen Einreden des alten, worin ein Unterschied vom Bürgen liegt. L. 21 und 24 D. de don. (39; 5).

gation zu umfassen. Dann können im Zweifel die nicht mitumfaßten mit der Klage aus der alten Obligation geltend gemacht werden.[6]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß eine Novation geschlossen sei, d. h. daß an die Stelle einer anderen Obligation, welche entweder eine Civil- oder eine Naturalobligation[7] gewesen sei, mag sie eine ältere gewesen sein oder nicht[8], in der erklärten oder aus schlüssigen Umständen mit Sicherheit abzuleitenden Absicht[9], zu noviren,

---

[6] L. 4 §. 1 D. de usur. (22; 1).

[7] Eine durch eine exceptio perpetua beseitigte genügt nicht, es möchte denn dem Promittenten diese exceptio bekannt gewesen sein, also gegen seine bezügliche Einrede eine Replik des Verzichts vorgebracht werden können. Fehlt es an einer genügenden Grundlage, so ist im Zweifel die neue Obligation nicht blos auf Grund einer Novation, sondern überhaupt ungültig, weil ihr die materielle causa fehlt. Die Gültigkeit müßte also besonders dargelegt werden, z. B. durch den Nachweis einer Schenkung, oder daraus sich ergeben, daß das theilweise vorliegende Fehlen einer Grundlage, z. B. einer Obligation zwischen dem Deleganten und s. g. Delegatar bei der delegatio nominis, bezw. Deleganten und Delegaten bei der delegatio debiti die Gültigkeit des Versprechens von Seiten des Delegaten an den Delegatar nicht berühre. L. 12 und 13 D. h. t. L. 78 §. 5 D. de J. D. (23; 3). L. 25 D. de V. O. (45; 1). S. Note 14 zu b.

[8] L. 8 §. 2 D. h. t. Demnach schon läßt sich auch gegen die Möglichkeit einer Novation der Dotalforderung während der Dauer der Ehe an sich Nichts erinnern. A. M. Bechmann, Das Römische Dotalrecht, 1. Abth. (Erlangen 1863), §. 35. Etwas Anderes ist es, wenn es an der Legitimation des Promissars oder Deleganten fehlt oder der favor dotium im Wege steht. Der Umstand, daß während der Ehe, abgesehen von der dos recepticia, etwa weder eine bedingte noch eine betagte obligatio de dote restituenda vorliegt, ist kein Hinderniß. Uebrigens ist die Ansicht, daß eine obligatio de dote restituenda während der Ehe nicht vorliege, nicht zu billigen. — Man könnte es wegen der Stipulation als Formalcontracts und der Nothwendigkeit einer solchen zur Novation für bedenklich halten, daß Kläger das Vorhandensein einer Obligation zu behaupten habe. Er muß sie sogar auch beweisen. Das gilt nicht blos für das heutige, sondern auch für das Röm. Recht. Denn wenn er es für erforderlich hielt, sich auf eine Novation, anstatt auf eine einfache Stipulation, zu berufen, so hatte er auch zu substantiiren und zu beweisen. Die in der Novation enthaltene Anerkennung im weiteren Sinne befreite freilich oft von der Verpflichtung, speciell zu substantiiren, aber nicht von der, generell zu substantiiren und im Leugnungsfalle zu beweisen. In letzterer Hinsicht hatte jene Anerkennung nicht mehr Bedeutung, als ein außergerichtliches Geständniß. Wie beim Widerruf eines solchen der Regel nach der Gläubiger zu beweisen hat, so auch in unserem Fall. Es soll nicht gesagt sein, daß Nichts bewiesen sei, auch nicht, daß nie voll bewiesen sein könne, sondern nur, daß der Regel nach beim Leugnen der obligatio als Grundlage der Novation und beim Widerruf eines außergerichtlichen Geständnisses nicht so viel bewiesen sei, daß der Gläubiger aufhöre, beweispflichtig zu sein. S. oben §. 17 Note 7 sowie unten §. 222 Note 16 und §. 247 Note 10.

[9] L. 2 D. h. t.

C. 8 C. de novationibus et delegationibus (8; 41) und §. 3 J. quib. mod.

obl. toll. (3; 29) stehen der Ableitung des animus novandi aus schlüssigen Umständen nicht entgegen. Fehlt die Absicht, zu noviren, z. B. bei der fidejussio (l. 6 pr. D. h. t.), so bleibt die andere Obligation neben der neuen bestehen. Ob der Klage aus jener eine Einrede wegen der neuen Obligation, sei es nach Erfüllung der letzteren (l. 8 §. 5 D. h. t.), sei es von Anfang an (l. 4 D. h. t.), entgegengesetzt werden könne oder nicht, richtet sich nach der Intention der Parteien. Das Fehlen des animus novandi bewirkt an sich nur, daß die andere Obligation nicht ipso jure getilgt ist. Der Regel nach kann sie geltend gemacht werden. Im Zweifel hebt aber Erfüllung der einen die andere auf, weil es mit der Erfüllung an einer materiellen causa für die andere Obligation meistens fehlen würde. L. 8 §. 4 und 5 D. h. t. Bei Contocurrentverhältnissen würde aus der genehmigten Uebertragung eines Saldo auf die neue Rechnung noch nicht die Absicht, zu noviren, abgeleitet werden können. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 10. Dagegen kann diese Absicht ohne Weiteres aus der Annahme eines Wechsels an Zahlungsstatt (nicht auch zahlungshalber, wie im Zweifel anzunehmen ist — Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 23, 33. B. Nr. 14, 35. B. Nr. 199; Busch a. a. O. 33. B. S. 116; E. d. R. O. H. G. 9. B. Nr. 76 —) gefolgert werden; jedoch so, daß im Fall der Nichtzahlung des Wechsels die Aufhebung der älteren Schuld, sofern solches erweislich der Willensrichtung der Parteien entsprach, condicirt und demnach auch Berichtigung derselben verlangt werden kann. Vgl. auch Hellmann, Die novatorischen Functionen der Wechselbegebung (München 1874); sowie Gruchot, Beiträge, XVIII. Jahrgang (Berlin 1874), S. 842—871, und Thöl, Handelsrecht, 2. B. (Leipzig 1878), §§. 187 und 188.

Was die Frage anbetrifft, bei wem die Absicht, zu noviren, vorliegen müsse, so ist Folgendes zu beachten:

1) Tritt keine Veränderung der Personen ein, so ist es nothwendig, daß der Gläubiger jene Absicht gehabt und der Schuldner solches acceptirt habe. Denn ohne Vertrag kann letzterer von der alten Schuld nicht liberirt werden. Auch würde ohne Acceptation eine exceptio doli blos wegen des einseitigen animus novandi nicht gerechtfertigt sein.

2) Bei der activen Delegation ist außer der Acceptation Seitens des Schuldners das Vorhandensein des animus novandi beim alten Gläubiger erforderlich. Ob auch der neue Gläubiger solche Absicht gehabt habe oder nicht, ist unerheblich. Wenn nicht der alte Gläubiger, wohl aber der neue die Absicht, zu noviren, hatte, so liegt keine Novation vor. Denn die entgegen der Absicht des alten Gläubigers vom neuen gefaßte Absicht, zu noviren, ist eine Ueberschreitung des Auftrages und daher für den alten Gläubiger unverbindlich. Nur dann wäre es anders, wenn der alte Gläubiger die Ueberschreitung gegen sich gelten lassen müßte, etwa wegen der unbeschränkt lautenden Fassung einer Vollmacht. Dann erschiene aber auch der animus novandi des neuen Gläubigers als solcher des alten.

3) Im Fall der Expromission ist Acceptation von Seiten entweder des alten oder des neuen Schuldners ausreichend. Denn da der neue Schuldner ohne Wissen und Willen des alten diesen durch Zahlung völlig liberiren kann, so muß er solches auch durch Acceptation des animus novandi können. Und hätte er nicht acceptirt, aber der alte Schuldner, so könnte der Gläubiger gegen letzteren nicht mehr klagen. Dabei ist aber auch zu beachten, daß der alte Schuldner nur eine ihm, nicht eine blos dem neuen Schuldner gemachte Offerte acceptiren kann; und ferner, daß bei solcher Sachlage von einer Expromission freilich nicht mehr die Rede sein könnte.

4) Ebenso ist es bei der passiven Delegation.

Jedoch wird hier der Delegant stets auch legitimirt sein, den animus novandi

durch Stipulation, jetzt durch Consensualvertrag (abgesehen von der s. g. novatio necessaria), eine neue Obligation[10] gesetzt sei.

Da ein Anfangstermin[11] und eine Bedingung der novirten Obligation ohne Weiteres auch für die neue Obligation gelten[12], so muß Kläger auch den Eintritt oder den beabsichtigten Wegfall des dies behaupten.

Werden die Folgen einer Mora geltend gemacht, so ist eine solche zu begründen. Dies kann indessen nicht dadurch geschehen, daß eine Mora hinsichtlich der alten Schuld nachgewiesen wird, indem diese durch die Novation purgirt ist.[13]

Ebenso verhält es sich mit einer Conventionalstrafe.[14]

Auch gehen Bürgschaften und Pfandrechte nicht ohne Weiteres von der alten auf die neue Obligation über.[15]

So wenig bei der activen Delegation, wie bei der passiven gehört die Darlegung des materiellen Mandatsverhältnisses zwischen dem Deleganten und s. g. Delegatar, bezw. dem Deleganten und Delegaten zur Begründung der Klage. In diesen Hinsichten genügt auch heutigen Tages die Behauptung, daß ein Mandat im weitesten Sinne vorliege. Wenn dies auch für die active Delegation angenommen wird, während doch oben im §. 12 unter 2 A bei der Cession die Angabe der materiellen Grundlage derselben als nothwendig verlangt ist, so liegt darin keine Inconsequenz. Bei der Delegation hat der Schuldner sich verpflichtet. Hat er dies gethan, ohne sich das materielle Verhältniß zwischen dem Deleganten und Delegatar aufklären zu lassen, so hat er hierauf ver-

---

zu acceptiren, wenn die betreffende Offerte auch zunächst seinem Mandatar, dem Delegaten, gegenüber erklärt sein sollte. Auch würde die bloße Acceptation Seitens des Deleganten den Begriff der passiven Delegation noch nicht aufheben.

Es ist nun bei der Begründung der Klage das Vorliegen des acceptirten animus novandi in der angegebenen Weise ausreichend darzulegen.

In der Schließung eines Vergleichs kann möglicherweise eine Novation mitenthalten sein.

[10] Eine Naturalobligation genügt (l. 1 §. 1 D. h. t.), hat indessen hier kein Interesse.

[11] Wenn er aber nicht gelten soll, gilt er auch nicht. L. 5, l. 8 §. 1 D. h. t. C. 8 C. h. t. Vgl. auch l. 3 §. 2 D. de pec. const. (13; 5).

[12] L. 5, l. 8 §. 1 D. h. t.

[13] L. 8 pr., l. 14 pr. D. h. t.

[14] L. 15 D. h. t.

[15] L. 18 D. h. t.
L. 60 D. de fid. et mand. (46; 1).
C. 4 C. de fid. et mand. (8; 40).

zichtet. Hat er es sich aber aufklären lassen, so ist er ja in der Lage, etwaige Einreden ohne Weiteres daraus abzuleiten.[16]

---

[16] In Betreff der Klagbegründung sind insbesondere

1) die Cession,

2) die active Delegation,

3) die active Assignation, d. i. die Seitens eines Gläubigers,

4) die active Wechselbegebung, d. i. Ausstellung eines trassirten Wechsels von Seiten eines Gläubigers an einen anderen Gläubiger als Remittenten sammt der Indossation,

5) die passive Delegation und Expromission,

6) die passive Assignation, d. i. die Seitens eines Schuldners,

7) die passive Wechselbegebung, d. i. Ausstellung eines trassirten Wechsels von Seiten eines Schuldners auf einen anderen Schuldner als Trassaten,

aus einander zu halten.

Ueberall müssen

a) das selbigen zu Grunde liegende Mandat im weitesten Sinne, die Cession u. s. w.,

b) das Rechtsverhältniß zwischen dem Auftraggeber (Cedenten u. s. w.) und dem an seine Stelle tretenden Gläubiger (s. g. Cessionar u. s. w.), bezw. Schuldner (Delegaten bei der passiven Delegation u. s. w.),

c) das Rechtsverhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Gegner (Cedenten und Schuldner bei der Cession u. s. w.),

d) das Rechtsverhältniß zwischen dem Beauftragten, Gläubiger oder Schuldner und dem Gegner (Cessionar und Schuldner bei der Cession u. s. w.)

gesondert werden.

Der klagende Gläubiger muß nun zur Begründung seiner Klage geltend machen:

a) das bezeichnete Mandat in allen Fällen, mit Ausnahme der heutigen Expromission;

b) das Rechtsverhältniß unter b in keinem Fall, mit Ausnahme der Cession;

c) das Rechtsverhältniß unter c bei der Cession, activen Delegation (betreffend den Deleganten und Delegaten), passiven Delegation (betreffend den Deleganten und Delegatar); sonst nicht;

d) das Rechtsverhältniß unter d in allen Fällen.

Zu a. Die Ausnahme für den Fall der Expromission ergibt sich von selbst daraus, daß bei derselben kein Mandat vorliegt, da sie ja ohne Zustimmung des alten Schuldners erfolgt. Man könnte daraus ableiten, daß auch bei der passiven Delegation jenes Mandat nicht brauche geltend gemacht zu werden. Das kann ich nicht für richtig halten, weil die Sache doch so vorgetragen werden muß, wie sie sich zugetragen hat, auch aus jenem Mandat Einreden abgeleitet werden könnten, z. B. daß der Kläger solches durch einen auch den Beklagten mitberührenden Dolus veranlaßt habe oder der Mandant wahnsinnig gewesen sei u. d. m., in dieser Hinsicht aber die Vertheidigung nicht unmöglich gemacht oder ungebührlich erschwert werden darf, was doch ohne Erwähnung jenes Mandats der Fall sein würde.

Zu b. Das diesem Mandat zu Grunde liegende Rechtsverhältniß unter b ist unerheblich, weil bei der activen Delegation der Delegat den Delegatar, bei der activen Assignation der Assignat den Assignatar ohne Vorbehalt als neuen Gläubiger anerkannt, ferner beim Wechsel der Trassat durch Accept sich dem Remittenten obligirt hat und dem Indossatar zufolge der litterarum obligatio haftet, bei der passiven Delegation und Expromission sowie der passiven Assignation und

Wechselbegebung der neue Schuldner sich ohne Vorbehalt verpflichtet hat. Alles dies trifft bei der Cession nicht zu. Und da aus dem fraglichen Rechtsverhältniß recht wohl Einreden, abgesehen von solchen, auf welche verzichtet ist oder welche als s. g. exceptiones ex jure tertii aufzufassen wären oder welche nur als unstatthafte Geltendmachung eines unerheblichen Motivs erscheinen möchten u. d. m., abgeleitet werden können, z. B. der Cedent habe zum Zweck der Berichtigung einer unerlaubten Spielschuld cedirt, es auch sehr im Interesse des Schuldners liegen kann, die genaue Sachlage zu erfahren, etwa wegen Anwendbarkeit der exceptio legis Anastasianae, so muß ich für den Fall der Cession, sofern nicht der Schuldner die Cession bereits anerkannt hat, eine Ausnahme machen. In dieser Hinsicht verweise ich auf die S. 88 und 89 dieses Buchs. —

Vgl. in Betreff der passiven Delegation:

l. 78 §. 5 D. de J. D. (23; 3), nach welcher Stelle der Delegat, der irrthümlich glaubte, Schuldner des Deleganten zu sein, dem berechtigten Delegatar zahlen muß und nur gegen den Deleganten die condictio indebiti anstellen kann. Ebenso nach l. 9 §. 1 D. de cond. c. d., c. n. s. (12; 4); l. 41 pr. D. de re jud. (42; 1); l. 4 §. 20 und 21, l. 5 §. 5 D. de doli mali — exc. (44; 4); l. 1 §. 10 D. quar. rer. act. n. dat. (44; 5); l. 12 D. h. t., welche letztere Stelle dem Delegaten, der gezahlt hat, gegen den Deleganten auch die actio mandati gewährt; l. 13 D. h. t.; l. 19 D. h. t. im ersten Satz; l. 33 D. h. t.; während l. 37 §. 4 D. de oper. lib. (38; 1) eine Ausnahme zu Gunsten eines libertus enthält;

und in Betreff der activen Delegation:

l. 21 §. 1 D. de don. (39; 5).

Zu c. Daß das Rechtsverhältniß zwischen dem Cedenten und dem Schuldner dargelegt werden muß, versteht sich von selbst. —

Dasselbe gilt aber auch bei der Delegation, so daß bei der delegatio nominis, der activen Delegation, das zwischen dem Deleganten und Delegaten, bei der delegatio debiti, der passiven Delegation, das zwischen dem Deleganten und Delegatar, thatsächlich zu begründen ist, wenn wegen der vorliegenden Anerkennung im weiteren Sinne oft auch nur generell. Denn dieses Rechtsverhältniß bildet ein Erforderniß der Novation. Auch können im Allgemeinen dem neuen, bezw. alten Gläubiger von dem alten, bezw. neuen Schuldner alle Einreden entgegengesetzt werden, welche dem alten Gläubiger vom alten Schuldner vorgebracht werden konnten, es möchte denn wirksam darauf verzichtet sein oder ein höchst persönlicher Einwand in Frage kommen u. d. m.

Vgl. in Ansehung der activen Delegation:

l. 2 §. 1 und 3 D. de don. (39; 5); l. 7 pr. D. de doli mali — exc. (44; 4); l. 19 D. h. t. in Betreff der exceptio S. C. Vellejani (freilich in Widerspruch mit der Ansicht des Marcellus nach l. 8 §. 2 D. ad S. C. Vell. [16; 1]), und auxilii in integrum restitutionis von Seiten eines noch Minderjährigen, nicht auch der exceptio S. C. Macedoniani wegen der Annahme einer obligatio naturalis und nicht der exceptio auxilii restitutionis von Seiten eines früheren Minderjährigen, der zur Zeit der Zusage an den neuen Gläubiger volljährig geworden war, weil die Läsion dadurch rücksichtlich des neuen Gläubigers beseitigt ist; l. 33 §. 3 D. de don. (39; 5), welche allerdings die exceptio des s. g. beneficii competentiae, die man dem alten Gläubiger gegenüber gehabt hätte, dem neuen gegenüber ausschließt;

und in Ansehung der passiven Delegation:

l. 9 §. 1 D. de cond. c. d., c. n. s. (12; 4) von den Worten „Sed si soluto matrimonio" an; l. 2 §. 4 D. de don. (39; 5); l. 7 §. 1 D. de doli mali — exc. (44; 4);

5) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zu verurtheilen, den unter 3 bezeichneten Gegenstand an den Kläger zu leisten.[17]

---

3. Die Bürgschaft.

§. 220.

A. Die Klage gegen die Bürgen.

Nach Römischem Recht waren die condictio certi oder die condictio

---

sodann allgemein bei der Delegation überhaupt den sehr guten Aufsatz von Danz in v. Jhering's Jahrbüchern 19. B. S. 69 fg. —

Bei der Assignation und dem Wechsel ist die Sache anders, weil das Vorhandensein irgend einer Schuld des Assignaten u. s. w. überall kein Erforderniß der Assignation u. s. w. ist.

Zu d. Der bindende Vertrag zwischen dem Kläger und Beklagten ist in allen Fällen geltend zu machen, also die Acceptation der Anweisung; die Stipulation oder Litiscontestation, jetzt der einfache Vertrag und die Klagbeantwortung bei der Delegation; die Acceptation des Wechsels. Bei der Cession ist die Denuntiation Seitens des Cessionars an den Schuldner der entscheidende Umstand, der aber auch durch Zustellung der Klage herbeigeführt werden kann.

Ferner verweise ich in Ansehung der Assignation allgemein auf Gruchot, Beiträge, XVIII. Jahrgang (Berlin 1874), S. 475—550.

Vgl. zu den Bemerkungen dieser Note noch oben §. 12 unter 2 zu A, B, C und F.

Nach den vorstehenden Angaben ist die Sache in Ansehung der Klagbegründung im Allgemeinen nicht gerade sehr schwierig und verwickelt. Es muß aber in Ansehung der Delegation noch ein Punkt berührt werden, welcher allerdings nicht ganz einfach ist und den ich absichtlich zur Vermeidung von Verwirrungen bisher nicht berührt habe. Möglicherweise kann nämlich eine Delegation zugleich eine active und eine passive sein. Wenn z. B. A. dem B. 100 Tonnen Korn schuldet, dagegen von C. 1000 Mark zu fordern hat und nun zwischen A. B. und C. in der Absicht, beide Forderungen zu noviren, ausgemacht wird, daß C. dem B. die 1000 Mark zu zahlen habe, so ist die Delegation des C. von Seiten des A. an den B. sowohl eine delegatio nominis, als auch eine delegatio debiti. Mithin würden auch im Fall einer Klage des B. gegen C. auf Zahlung der 1000 Mark Einreden abgeleitet werden können aus dem Rechtsverhältniß zwischen C. und A. wegen der delegatio nominis und aus dem Rechtsverhältniß zwischen A. und B. wegen der delegatio debiti. Dagegen brauchte Kläger zur Begründung seiner Klage immer nur Einen von beiden Gesichtspunkten geltend zu machen. Es wäre dann Sache des Beklagten, darzulegen, daß auch der zweite zutreffend sei. Ob beide, sofern sie möglich wären, auch zugleich anwendbar seien, ist quaestio facti. Es kommt auf die erklärte Absicht der Betheiligten an. Wenn in dem angegebenen Beispiel A. den C. angewiesen hat, dem B. als neuem Gläubiger die 1000 Mark zu versprechen, ohne daß dabei von Seiten des A. oder B. von den 100 Tonnen Korn geredet wäre, so ist in Ansehung des Verhältnisses zwischen B. und C. nur eine delegatio nominis vorhanden; und wenn dem B. von Seiten des A. oder C. darüber gar nichts mitgetheilt wird, daß A. vom C. die 1000 Mark auch zu fordern habe, so ist in Betreff des Verhältnisses zwischen B. und C. nur eine delegatio debiti anzunehmen.

[17] Im Allgemeinen verweise ich in Ansehung der Delegation für das heutige Recht noch auf Endemann a. a. O. §. 134.

oder actio ex stipulatu gegen den fidejussor, die actio de pecunia constituta oder pecuniae constitutae oder constitutoria gegen den Constituenten[1] einer fremden Schuld und die actio mandati contraria gegen den Mandator bei einem s. g. mandatum qualificatum in mehreren Punkten von einander verschieden. Heutigen Tages sind diese Verschiedenheiten fast sämmtlich als beseitigt zu betrachten. Auch die Verpflichtung des Gläubigers zu einer Gegenleistung, welche nach Römischem Recht nur beim Mandat vorkommen konnte, ist jetzt immer anzunehmen, wenn nur der genügend erklärte Wille der Contrahenten darauf gerichtet ist, mögen sie im Uebrigen von einer fidejussio oder Bürgschaft, oder von einem constitutum oder einem mandatum gesprochen haben. Jedoch liegt in Betreff des Hauptschuldners und Bürgen bei der Bürgschaft eine Correalität, beim Constitutum eine Solidarität, beim Mandat Nichts von beiden vor. Andere Unterschiede ergeben sich aus dem Folgenden.

Zur Begründung der Klage gegen den Bürgen (worunter in den §§. 220 und 221 im Zweifel die hauptsächlich in den Noten bei Abweichungen zu berücksichtigenden Mandatoren und Constituenten Nicht mit zu verstehen sind) ist hervorzuheben:

a) in Betreff des Klägers, daß dieser der Gläubiger sei;

b) in Betreff des Beklagten, daß dieser der Bürge sei[2a];

c) das, was in Anspruch genommen wird, welches jetzt überall ein anderer Gegenstand, als der vom Hauptschuldner geschuldete sein kann[2b]; aber nicht ein plus, in welchem Falle nur der Ueberschuß als Bürgschaft ungültig ist[3]; und im Uebrigen auch der Regel nach die Nebenansprüche[4]

---

[1] Die Behauptung Girtanner's, Die Bürgschaft (Jena 1850 und 1851), S. 396, daß das Constitutum als Begründung eines rein solidarischen Verhältnisses gar nicht recipirt sei, ist nicht erweislich.

[2a] Mehrere haften im Zweifel in solidum; dagegen mehrere Constituenten der Regel nach nur pro partibus. L. 16 pr. D. de pec. const. (13; 5).

Nov. 115 c. 6. N. e. c. 3 C. de const. pec. (4; 18).

Mehrere Erben eines Bürgen haften ipso jure nur nach Maßgabe ihrer Erbtheile. L. 49 §. 1 D. de fidejussoribus et mandatoribus (46; 1).

[2b] Die l. 8 §. 8 und l. 42 D. h. t. (46; 1), als mit dem Röm. jus strictum zusammenhängend, stehen nicht entgegen.

Die Zusage, an einem anderen Ort, oder zu einer früheren Zeit zu leisten, ist jetzt allgemein für gültig anzusehen. Vgl. l. 4, l. 5 pr. D. de pec. const. (13; 5). C. 2 C. de const. pec. (4; 18).

Die entgegenstehenden Stellen des Röm. Rechts in Betreff der fidejussio sind als Ausfluß des jus strictum beseitigt.

[3] Die l. 8 §. 7 D. h. t. steht aus gleichem Grunde nicht entgegen.

[4] L. 56 §. 2, l. 58 D. h. t. L. 2 §. 11 und 12 D. de adm. rer. ad civ. pert. (50; 8). Es kann der l. 54 pr. D. loc. cond. (19; 2) für das heutige Recht nicht die Bedeutung beigelegt werden, als ob der Bürge im Zweifel nicht für die

gegen den Hauptschuldner, wie Verzugszinsen, Proceßkosten, mitumfaßt; auch nur ein Theil sein kann, wenn der Bürge sich nur zum Theil verpflichtet hat [5];

d) der Verpflichtungsgrund. Dazu gehört zweierlei:

1) die Darlegung des Verpflichtungsgrundes hinsichtlich des Hauptschuldners [6];

2) die Angabe des Geschäfts, wodurch Beklagter dem Kläger gegenüber [7] die Bürgschaft für diesen Hauptschuldner [8] und dessen Schuld [9] übernommen habe. [10]

---

durch Mora des Hauptschuldners begründeten Zinsen hafte. Anders ist es in Betreff der Conventionalstrafe und Vertragszinsen; wofür der Bürge nur dann haften würde, wenn er sich ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen dafür mitverbürgt hätte.

L. 68 pr. D. h. t. C. 10 pr. C. de fidejussoribus et mandatoribus (8; 40). Girtanner a. a. O. S. 385—388.

[5] L. 8 §. 7, l. 9, 51 pr., l. 68 §. 1 D. h. t.

[6] Dieser Grund kann in jeder Obligation, auch in einer Delictsobligation bestehen — l. 1, l. 8 §. 5 D. h. t. —; ferner in einer obligatio naturalis — l. 6 §. 2, l. 7 D. h. t.; §. 1 J. de fidejussoribus (3; 20) —; nicht in einer verjährten — l. 37 D. h. t. —; oder in einer eine Popularklage begründenden — l. 56 §. 3 D. h. t. — Aus l. 25 D. h. t. folgt nicht die Möglichkeit der Entstehung einer Bürgschaft ohne Hauptschuld. Marcellus sagt dort nur Folgendes: Wenn Jemand für einen ohne Auctorität des Tutors obligirten Pupillen oder für einen Verschwender oder Wahnsinnigen (die etwa ex re oder als Erben haften), (in Folge eines von ihnen selbst ertheilten Mandats) sich verbürgt hat, so sei es richtiger, ihm (gegen den Gläubiger) eine Restitution nicht zu ertheilen, weil jenen Hauptschuldnern die actio mandati nicht zustehe (also auch nicht dem Bürgen, der gezahlt hat, die actio mandati contraria, mithin wegen der Ungültigkeit des Mandats mit Rücksicht auf den Hauptschuldner kein Grund zu einer Restitution vorliegt und wenn etwa auch die actio negotiorum gestorum contraria oder die actio cessa wegen Insolvenz des Hauptschuldners oder anderweitig nicht erfolgreich oder statthaft sein sollten, eher der Bürge, als der Gläubiger den Schaden tragen muß). Ueber andere Auslegungen vgl. Girtanner, a. a. O. S. 21 fg.

S. im Uebrigen in Ansehung der Beweislast oben §. 219 Note 8 sowie unten §. 222 Note 16 und §. 247 Note 10.

[7] Ein Irrthum über die Person des Gläubigers wird der Regel nach unerheblich sein. Girtanner a. a. O. S. 333 und 334.

[8] Ein Irrthum über die Person des Hauptschuldners ist meistens wesentlich. Girtanner a. a. O.

[9] Bei der Bürgschaft für einen Pächter haftet der Bürge nicht auch für die Verbindlichkeiten aus der s. g. relocatio tacita. Vgl. l. 13 §. 11 D. loc. cond. (19; 2). Bei einer Bürgschaft für die bloße litis exercitatio würde der Bürge nicht auch für Zahlung des Judicats verbindlich sein. L. 8 §. 3 D. h. t. Im Fall einer Wechselbürgschaft müßte Kläger die geltend gemachte civilrechtliche Verbürgung näher begründen. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 3.

[10] Ob ein solches bindendes Geschäft vorliege, ist quaestio facti; auch in kauf-

Bei einer Afterbürgschaft[11] besteht die causa debendi aus drei Theilen.

Im Uebrigen ist bei unserer Klage natürlich über Ort[12], Zeit[13] u. d. m. Alles, was überhaupt zur Begründung einer Klage gehört, anzugeben. Dabei ist zu beachten, daß die dem Hauptschuldner geschehene Kündigung auch für den Bürgen bindend ist. Dagegen würde die mit der Eröffnung des Concurses gegen den Hauptschuldner eingetretene Fälligkeit nicht ohne Weiteres gegen den Bürgen geltend gemacht werden können.[14]

e) Der Antrag geht dahin, Beklagten zur Leistung dessen, was sich aus dem Passus unter c ergibt, an den Kläger zu verurtheilen.

Die Unstatthaftigkeit des s. g. beneficium excussionis[15], oder ordinis, des beneficium oder auxilium divisionis oder dividendae actionis[16]

---

männischen Verhältnissen bei Empfehlungen oder Angaben über die Solvenz. Es kommt auf die acceptirte Absicht, sich zu verpflichten, an. L. 19 pr. §. 3 D. de aed. ed. (21; 1). Ausnahmsweise kann es gesetzlich fingirt werden, z. B. in Betreff der als Bürgen haftenden affirmatores, welche die Idoneität affirmirt haben. L. 4 §. 3 D. de fid. et nom. (27; 7). Vgl. auch l. 2 pr.: „Quoties filiusfamilias voluntate patris decurio creatur, universis muneribus, quae decurioni filio injunguntur, obstrictus est pater, quasi fidejussor pro filio“, l. 11 §. 1, l. 38 §. 4 D. ad mun. (50; 1). Hat der Bürge sich unbedingt für eine bedingte Hauptschuld obligirt, so haftet er, wenn die Bedingung eintritt. Dies galt schon nach Röm. Recht beim Constitutum, aber nicht bei der fidejussio. L. 8 §. 7 D. h. t. L. 19 pr. D. de pec. const. (13; 5). — In Ansehung der Begründung der Klage gegen eine Frau aus einer Bürgschaft vgl. Girtanner a. a. O. S. 367.

[11] L. 8 §. 12 D. h. t.

[12] L. 49 §. 2 D. h. t.

[13] L. 57 D. h. t.

[14] E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 99.

[15] Vgl. Nov. 4 sowie in Betreff der Frage, ob etwa die Behauptung der erfolglosen Ausklagung des Hauptschuldners zum Klagegrunde gehöre, auch Girtanner a. a. O. S. 116—119, S. 224 fg., S. 424 fg. Wer sich als Selbstschuldner verbürgt, hat nicht die exceptio excussionis, weil in dieser Art der Verbürgung ein Verzicht auf letztere liegt. Wer sich als Selbstschuldner nur einfach mitverpflichtet hat, kann die exceptio excussionis aus dem ferneren Grunde nicht geltend machen, weil er sich gar nicht verbürgt hat. Der Constituent kann das beneficium excussionis geltend machen.

[16] C. 3 C. h. t. L. 7 D. de fid. et nom. (27; 7). Das beneficium divisionis steht nicht zu dem fidejussor, der nicht confidejussor ist, z. B. wenn mehrere Correalschuldner separatim Bürgen gestellt haben — l. 43, l. 51 §. 2 D. h. t. —; auch nicht den Bürgen, von denen Einer fidejussor, der Andere Constituent, der Dritte Mandator ist; oder wenn der Mitbürge abwesend oder zahlungsunfähig ist (l. 10 pr., l. 26 D. h. t.). Bei der Frage nach der Zahlungsfähigkeit Eines Mitbürgen kommt die seines Afterbürgen (Ueberbürgen, Nachbürgen, fidejussor fidejussoris oder s. g. fidejussor succedaneus) mit in Betracht, so daß letztere genügt. L. 27 §. 2 D. h. t. Der Hauptbürge hat nie nach dem eigenen Afterbürgen hin die Einrede der Theilung; letzterer auch nicht nach jenem hin diese Einrede, wohl

und des s. g. beneficium cedendarum actionum[17] braucht in der Klage nicht erwähnt zu werden.[18] Dies kann noch rechtzeitig auf die vorgeschützten betreffenden Einreden in der Replik geschehen.[19] Stützt Kläger sich dagegen auf eine Schadlosbürgschaft, die fidejussorische indemnitatis cautio, so muß er auch angeben, daß der Hauptschuldner vergeblich angegangen oder gestorben sei, bezw. die sonstigen Voraussetzungen der Haftung, etwa Insolvenz oder Abwesenheit, erfüllt seien.[20]

---

aber die der Vorausklage. L. 27 §. 4 D. h. t. Ungeachtet der l. 28 D. h. t. und c. 3 C. de prob. (4; 19) ist doch auch beim beneficium divisionis, wie beim beneficium excussionis, in Ansehung der Insolvenz wie Abwesenheit, mit Rücksicht auf Nov. 4 und 99, die Natur der Sache und die ungenügende Entwickelung der Lehre über die vorliegenden Beneficien zur Zeit der Entstehung der genannten l. 28 und c. 3 sowie auch der Abfassung von Digesten und Codex anzunehmen, daß Beklagter nur die Mitbürgschaft, Kläger dagegen replicando die Insolvenz oder Abwesenheit zu behaupten und auch zu beweisen habe.

Nach Röm. Recht ward auch wegen Infitiation dem Bürgen das auxilium divisionis nicht gewährt. L. 10 §. 1 D. h. t. Da diese Infitiation auf ein processualisches Leugnen zu beziehen, also die angegebene Vorschrift eine processualische ist, gilt sie jetzt nicht mehr. Denn die C. P. O. enthält sie nicht, auch keine Bestimmung, der die vorliegende als analog behandelt werden könnte. Von einer Rechtsanalogie kann ferner schon wegen Mangels eines Bedürfnisses nach einer Vorschrift nicht die Rede sein. Auch entspricht die vorliegende Bestimmung nicht dem Geist der C. P. O. Sie entspricht auch nicht der Natur der Sache. Und wenn dies auch der Fall wäre, so könnte dies nichts nützen, weil zur Ausfüllung einer Lücke kein Bedürfniß vorhanden ist, die Natur der Sache demnach nicht als Quelle in Betracht käme, und weil sie auch nicht Interpretationsmittel sein könnte, da es an einer solchen Vorschrift in der C. P. O. fehlt, der man den fraglichen Sinn geben dürfte.

Es würden somit im Fall eines anfänglichen Leugnens und späteren Vorbringens der exceptio beneficii divisionis nur die allgemeinen Vorschriften der C. P. O. §§. 251, 252, 319 anwendbar sein.

[17] Der Mandator kann das beneficium cedendae actionis mittels einer s. g. exceptio doli generalis (non impleti contractus) auch dann erfolgreich geltend machen, so daß Kläger abzuweisen ist, wenn letzterer seine Klage gegen den Hauptschuldner durch Culpa verloren hat. Anders ist es bei der Bürgschaft und beim Constitutum. Vgl. Girtanner a. a. O. S. 468 fg. Die Meinung Burchardi's, Römisches Privatrecht, 3. Abth. (Stuttgart 1846), §. 270 Note 13, daß der Constituent das beneficium cedendae actionis nicht habe, weil es ihm nicht ausdrücklich beigelegt sei, ist zu verwerfen. Eine Gesetzesanalogie ist hier offenbar anwendbar.

[18] Seuffert's Archiv 2. B. Nr. 182.

[19] Man beachte übrigens, daß nach dem H. G. B. Art. 281 Abs. 2 gegen die Einrede der Vorausklage oder der Theilung auch replicirt werden kann, daß die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgehe oder daß die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft sei.

[20] L. 16 §. 6 D. h. t. L. 63 D. h. t. C. 2 C. de fid. tut. (5; 57). C. 17 und 19 C. h. t. Vgl. auch l. 116 D. de V. O. (45; 1).

Ueber den Begriff der Abwesenheit nach heutigem Recht s. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 40.

Ueber die größere oder geringere Abweichung von der Regel entscheidet die Absicht der Parteien. Im Zweifel ist die geringere Abweichung anzunehmen. Die geringste ist die, daß der Hauptschulder gemahnt oder gestorben sein müßte.[21] Dann würde Beklagter aber doch die exceptio excussionis haben. Wenn nach der Absicht der Parteien die Schadlosbürgschaft nur im Fall der Insolvenz oder Abwesenheit wirksam werden soll, muß aber Kläger zur Begründung seiner Klage eins von beiden behaupten.

§. 221.

B. Die Klagen des Bürgen.

a. Gegen den Hauptschuldner.

Die Begründung erfordert folgende Angaben:

1) Kläger sei als Bürge activ,

2) Beklagter als Hauptschuldner passiv

zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Ersatz des zu specificirenden Aufwandes oder Befreiung von der Schuld f. w. d. a.

4) Es liege ein ausreichender Grund zu der Klage vor. In dieser Hinsicht ist hervorzuheben:

a) das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner, wobei namentlich auch Gegenstand und Grund genügend zu specificiren, bezw. zu substantiiren sind[1];

b) das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger[2] und dem Bürgen;

---

[21] L. 16 §. 6 D. h. t.

[1] Der Bürge kann nur für das, was der Gläubiger wirklich zu fordern hatte, Entschädigung verlangen. Hätte er bei einer Forderung auf eine Quantität vertretbarer Sachen irrthümlich zu gute Qualität geliefert, so könnte er die Klage auf volle Entschädigung hierfür an sich nicht begründen. Denn die gewöhnliche Begründung, daß die Qualität die schlechteste oder die gerade geschuldete gewesen sei, wäre nicht richtig. Möglicherweise könnte ein anderer Rechtsgrund vorliegen, z. B. ein specielles Mandat, die bessere Qualität zu geben, oder eine Ratihabition. Vgl. l. 52 D. mand. v. contra (17; 1).

Im Uebrigen kommt es bei der Frage, wie genau das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bei der Regreßklage des Bürgen zu substantiiren sei, sehr auf die Art dieser Klage an. Z. B. bei Anstellung der cedirten Klage oder der actio negotiorum gestorum contraria würde im Allgemeinen eine genauere Begründung erforderlich sein, als bei Anstellung der actio mandati contraria. Wenn der Auftrag dahin ging, für 1000 Mark Bürgschaft zu leisten, würde bei der Regreßklage die Höhe dieser Summe sich ja schon aus dem Mandat ergeben. Vgl. auch Kierulff E. d. O. A. G. zu Lübeck, I. Jahrgang (1865), Nr. 26.

[2] Statt dessen als Promissars genügt nicht der solutionis causa adjectus.

c) das Rechtsverhältniß zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner. Die Bürgschaft für sich allein ist nicht ausreichend. Es muß ein Mandat [3], oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag, oder eine Societät, oder eine Cession, eine wirkliche oder fingirte, oder ein sonstiger Rechtsgrund, etwa eine s. g. communio incidens [4], vorliegen.

d) Das Interesse, zu klagen. Dies kann begründet werden durch Befriedigung des Gläubigers mit Mitteln des Bürgen, z. B. durch Solution, Hingabe an Zahlungsstatt, active Delegation [5], auch eines insolventen Schuldners [6]; ferner dadurch, daß, um dem Bürgen zu schenken, der Gläubiger umsonst quittirt oder ein Dritter geleistet habe. [7] In diesen Fällen kann auf Ersatz geklagt werden.

Das Interesse kann auch darin bestehen, daß der Hauptschuldner den Bürgen befreie. In diesen Fällen genügt jeder den Umständen nach gerechte und billige Grund, namentlich gefährliche Verschwendung des Hauptschuldners, grundlose Verzögerung der Solution von seiner Seite, die bereits erfolgte Verurtheilung des Bürgen [8] oder eine andere justa metuendi causa. [9]

Während in diesen Fällen die Nichtzahlung die Nativität der Klage nicht aufschiebt, kann umgekehrt die Zahlung sie unter Umständen doch noch nicht begründen. Wer, wenn auch irrthümlich, eine betagte Schuld vor Eintritt der Fälligkeit berichtigt hat, kann erst nach Eintritt derselben

L. 23 D. h. t. Anders ist es, wenn der adjectus als Mandatar oder Gestor des Gläubigers sich Bürgschaft hat geben lassen.

[3] Wenn Beklagter das Mandat, wie es angegeben, mit dem Bemerken leugnet, daß er einen Auftrag ertheilt habe, nur gegen Pfandbestellung, die nicht erfolgt sei, zu creditiren, so müßte Kläger beweisen, daß das Mandat diese Beschränkung nicht enthalten habe. C. 7 C. h. t.

[4] Es ist nicht nothwendig, daß der Bürge auch bei der Zahlung gerade als Mandatar, Gestor, Socius u. s. w. gehandelt habe. Wenn er zugleich Vormund des Gläubigers ist und nun als solcher zahlt, so würde er z. B. doch die actio mandati contraria gegen den haben, in dessen Auftrag er sich von Vorne herein verbürgt hat.

L. 69 D. h. t.

[5] L. 18 D. h. t.

[6] L. 18 D. h. t. L. 26 §. 2 D. mand. v. contra (17; 1).

[7] L. 10 §. 13 — l. 12 §. 3, l. 26 §. 3 D. mand. v. contra (17; 1).

Es ist nicht ausreichend, daß der Bürge den Gläubiger beerbt hat. L. 21 §. 5 D. h. t.

[8] C. 6 C. mand. v. contra (4; 35). L. 45 D. h. t. Auch die Erstattung aufgewendeter Proceßkosten wird verlangt werden können, sie möchten denn durch Verschulden des Klägers entstanden sein.

[9] L. 45 D. h. t. L. 38 §. 1 D. mand. v. contra (17; 1). C. 10 C. mand. v. contra (4; 35). Schl.-Holst. A. v. 1877, S. 143 und 144. Girtanner a. a. O. S. 529—533.

die actio mandati contraria u. s. w. gegen den Hauptschuldner anstellen.[10]

Zur Begründung dieser Klage wäre somit auch, könnte man meinen, die Fälligkeit näher darzulegen, mithin anzugeben, daß Kläger eine fällige Schuld berichtigt habe. Dies würde indessen deshalb verkehrt sein, weil hier eine Vermuthung gegen einen Anfangstermin als rechtshindernden Umstand spricht.

5) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zu verurtheilen, dem Kläger den beanspruchten Ersatz zu leisten, bezw. ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

b. Gegen den Gläubiger.

In diesem Falle ist beim s. g. mandatum qualificatum[11] und ferner dann eine Klage auf Cession statthaft, wenn bei der Zahlung die Cession vereinbart ist, mithin als auf einem fingirten Kauf beruhend behandelt wird. Zur Begründung genügt also nur beim Mandat die Angabe, daß gezahlt sei, während sonst die Vereinbarung behauptet werden muß. Im Zweifel ist nämlich die Zahlung als Tilgung der Schuld, nicht als Berichtigung eines Pretiums für den Ankauf einer Forderung zu betrachten.[12] Die Regel, daß der Käufer einer Forderung auch ohne Cession die Klage gegen den Schuldner als actio utilis im eigenen Namen an-

[10] L. 31 D. h. t. L. 51 D. mand. v. contra (17; 1).

Verschieden von dem im Text angegebenen Fall des Mangels der Fälligkeit ist der, wenn der Bürge sich als Selbstschuldner für eine nach Verlauf einer bestimmten Zeit nach Kündigung fällige Schuld verbürgt hat oder ihm sonst die Einrede der Vorausklage nicht zusteht. Die dann erfolgte Kündigung an den Bürgen sammt Ablauf der Frist würde genügen, um in Ansehung der Klage gegen ihn die Fälligkeit anzunehmen. Er hätte also nicht die Einrede, daß für eine Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner die Fälligkeit noch nicht eingetreten sei. Ebenso wenig würde letzterer sich der Regreßklage des Bürgen gegenüber hierauf berufen können. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 50.

[11] L. 13 D. h. t. L. 28 D. mand. v. contra (17; 1).

[12] L. 17, l. 36 D. h. t. L. 76 D. de sol. et lib. (46; 3). Vgl. auch Seuffert's Archiv 7. B. Nr. 313; l. 2, l. 5 §. 1 D. de distr. pign. (20; 5); l. 21 D. de tut. — act. (27; 3); l. 5 pr. D. de cens. (50; 15); c. 14 C. h. t. Die Annahme eines Kaufs ist ein glücklicher Gedanke. Es hätte nur ein Kauf auch dann angenommen werden sollen, wenn die Cession gar nicht bedungen ist. Daß die Röm. Juristen so weit gegangen wären, läßt sich indessen nicht nachweisen. Die Vereinbarung über eine Cession braucht natürlich nicht gerade mit ausdrücklichen Worten getroffen zu sein. Zu weit geht Girtanner a. a. O. S. 533 fg., welcher nach der Zahlung die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner oder Mitbürgen auch dann gestattet, wenn der Bürge sich dies nicht vorbehalten hatte, er möchte sich denn animo donandi verbürgt haben. Ebenso Arndts a. a. O. §. 356 Anm. 2.

stellen könne, gilt nicht auch bei dem vorliegenden, ja blos fingirten Ankauf.[13]

c. Gegen den Rückbürgen.[14]

In dieser Hinsicht ist auf den §. 220 zu verweisen; jedoch erfordert die Darlegung der causa debendi die Angabe der Verpflichtungsgründe

1) des Hauptschuldners,
2) des Bürgen,
3) des Rückbürgen.

d. Gegen den Mitbürgen

ist, abgesehen von den Fällen einer Societät, einer s. g. communio incidens, eines Mandats u. d. m., eine Klage meistens nur dadurch zu begründen, daß dem Kläger von dem Gläubiger wirklich cedirt[15] sei. Das Princip des Ankaufs gilt indessen auch im Verhältniß zu den Mitbürgen.[16] Also wenn vor oder bei der Zahlung die Cession bedungen ist, wird ein Kauf angenommen und dann kann nachträglich Cession verlangt werden.

Das s. g. beneficium cessionis hat der aufs Ganze belangte Mitbürge auch in Ansehung der Klage des Klägers gegen die Mitbürgen[17], nicht blos gegen den Hauptschuldner.

Die von einigen Rechtslehrern allgemein für anwendbar erklärte actio negotiorum gestorum contraria oder actio in factum läßt sich nicht rechtfertigen.[18] Der etwaige Anspruch gegen den Mitbürgen erstreckt sich im Zweifel auf den verhältnißmäßigen Theil des Gezahlten; also bei einer Schuld von 400, von denen Kläger 200 bezahlt hat, gegen den alleinigen Mitbürgen auf 100.[19] Verlangt Kläger 200, so müßte er dies besonders substantiiren, z. B. durch die Darlegung, daß er nur als Mandatar des Beklagten sich neben ihm verbürgt habe. Anderer-

---

[13] S. die Gesetzesstellen der vorigen Note.

[14] L. 4 pr. D. h. t.

[15] L. 39 D. h. t. Vgl. auch l. 62 pr. D. ad leg. Falc. (35; 2) und c. 11 C. h. t.

[16] L. 36 D. h. t. S. auch c. 1 C. de contr. jud. tut. (5; 58).

[17] Vgl. l. 17, l. 36 D. h. t. und l. 47 D. loc. cond. (19; 2).
A. M. v. Savigny, Obligationenrecht, 1. B. (Berlin 1851), S. 273 fg.

[18] L. 23 D. de pact. (2; 14). L. 62 pr. D. ad leg. Falc. (35; 2). L. 39 D. h. t. C. 11 C. h. t. Vgl. auch meine Schrift über das Verhältniß der actio communio dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander, S. 141 fg.; Ihering, Die Reflexwirkungen, in dessen und Unger's Jahrbüchern 10. B. S. 345; Schl.-Holst. A. v. 1876, S. 33—36.

[19] E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 28.

seits hätte Beklagter Einwendungen gegen die 100 zu begründen, etwa durch die Behauptung, daß er seinerseits auch 200 gezahlt habe, also mit 100 compensire.

§. 222.

IV. Die s. g. pacta praetoria.

Von den durch das prätorische Edict für klagbar erklärten pacta interessirt uns hier nur das s. g. constitutum debiti proprii, da die übrigen richtiger bei anderen Lehren (von dem Pfandrecht, der Bürgschaft, dem Schiedsrichter u. s. w.[1]) berücksichtigt werden.

Zur Begründung der actio de pecunia constituta oder pecuniae constitutae oder constitutoria, einer actio perpetua[2], die der naturalis aequitas entspricht[3], ist zu behaupten:

1) die Activlegitimation des Klägers. Dies ist der Gläubiger[4] aus dem Constitutum. Im Auftrage oder unter Ratihabition des alten Gläubigers kann sich ein Anderer constituiren lassen.[5] Der solutionis causa adjectus gilt nicht als beauftragt.[6]

2) Die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Constituenten.[7] Mehrere haften im Zweifel nur pro partibus[8] und haben, sofern sie in solidum haften, das beneficium divisionis.[9]

---

[1] Ein pactum praetorium lag auch vor, wenn ein deferirter, gerichtlicher oder außergerichtlicher Eid geleistet oder erlassen war. Der Schwörende hatte dann eine actio in factum oder utilis actio. L. 11 §. 1 und 3, l. 13 §. 1 D. de jurejur. (12; 2). In anderen Fällen eines Vergleichs lag nicht ein pactum praetorium vor; man half sich mit anderen Klagen. C. 28, 33 C. de transact. (2; 4). Wenn der mit der rei vindicatio Belangte einen deferirten Eid dahin geleistet hat, daß er Eigenthümer sei und Kläger blos mit seiner Klage abgewiesen wäre, würde jener auch noch jetzt ohne Weiteres auf den Eid hin mit der actio in factum dem Kläger die Sache s. w. d. a. absorbern können. L. 11 §. 1 D. de jurejur. (12; 2).

[2] C. 2 C. de constituta pecunia (4; 18). Durch diese Constitution hat Justinian auch die frühere actio recepticia aufgehoben.

[3] L. 1 pr. D. de pecunia constituta (13; 5).

[4] Nicht ein solutionis causa adjectus. L. 8 D. h. t. Nicht der, welcher neben dem Gläubiger aus dem Constitutum Carrealgläubiger der alten Schuld ist. L. 10 D. h. t.

[5] L. 5 §. 2 D. h. t.

[6] L. 7 §. 1 D. h. t.

[7] Ein filiusfamilias kann gültig constituiren.
L. 1 §. 3 D. h. t.

[8] L. 16 pr. D. h. t.
Nov. 115 c. 6.

[9] C. 3 C. h. t.

3) Der Gegenstand. Dies ist die Leistung desjenigen, was durch das Constitutum zugesagt worden ist, mag es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handeln. Der Gegenstand kann von dem der constituirten Obligation verschieden sein[10]; aber nicht ein Mehrbetrag[11]; wohl ein geringerer.[12]

4) Der Grund, welcher darin besteht, daß Beklagter[13] dem Kläger (animo constituentis)[14] versprochen habe, er wolle den beanspruchten Gegenstand leisten, und vom Kläger dies Versprechen angenommen sei; daß dem Constitutum zur Zeit desselben[15] irgend eine, wenn auch künftige Civil- oder Naturalobligation zu Grunde gelegen habe[16] und daß auch die Nati-

---

[10] L. 1 §. 5 D. h. t. Das Versprechen, Sicherheit zu leisten, z. B. ein Pfand zu geben oder eine Bürgschaft zu bestellen, ist ein gültiges Constitutum. L. 14 §. 1 und 2 D. h. t.

[11] L. 1 §. 8, l. 11 §. 1 D. h. t. Das constitutum debiti proprii des Hausvaters in Betreff der actio de peculio ist ungültig hinsichtlich des den Bestand des Peculiums zur Zeit des Constitutums übersteigenden Betrages. Liegt aber ein constitutum debiti alieni, der Schuld des Haussohnes, vor, so ist es bis zum ganzen Schuldbetrage hin gültig. L. 2 D. h. t. Vgl. auch l. 3 pr. D. h. t. Die Bestimmung einer früheren Zahlungszeit oder eines anderen Zahlungsortes ist gültig. L. 4, l. 5 pr. D. h. t.

[12] L. 13 D. h. t.

[13] Hat Beklagter sich nicht persönlich verpflichtet, sondern nur gesagt: „Satis tibi fiet", so haftet er im Zweifel nicht. Nov. 115 c. 6.

[14] L. 1 §. 4 D. h. t. Das Fehlen dieses animus müßte Beklagter besonders begründen und beweisen, sofern die Zusage äußerlich als Constitutum erscheint. Sonst müßte der Kläger das Vorhandensein desselben darlegen. Vgl. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 47.

[15] L. 18 §. 1 D. h. t.

[16] Ueber den Satz: „ut pro (jam?) debito fiat constitutum" in c. 2 pr. C. h. t. s. Girtanner, Die Bürgschaft (Jena 1850 und 1851), S. 106—169. Eine durch eine exceptio perpetua beseitigte Obligation ist keine ausreichende Grundlage — l. 3 §. 1 D. h. t. —; jene exceptio möchte denn dem Constituenten bekannt gewesen sein. Vgl. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 269, wonach freilich nicht ein Constitutum, sondern eine Anerkennung der durch die exceptio perpetua beseitigten Obligation als Verpflichtungsgrund hingestellt wird. Die alte Obligation erlischt mit der Solution der neuen. L. 18 §. 3 D. h. t. Wegen der in dem Constitutum liegenden Anerkennung im weiteren Sinne braucht die zu Grunde liegende Obligation oft nicht im Einzelnen genau substantiirt zu werden, vielmehr genügt nicht selten eine generelle Angabe darüber. Z. B. wäre eine Specification der beim Constitutum genannten Totalsumme entbehrlich. H. A. v. 1862, S. 361 fg. Schl.-Holst. A. v. 1867, S. 382—384. Die bezeichnete Grundlage muß auch vom Kläger bewiesen werden. L. 18 §. 1 D. h. t. A. M. Fuchs, Ueber das Constitutum, im A. f. d. c. P. 42. B. S. 172—189, und Schlesinger a. a. O. S. 143 fg. Läge im Constitutum eine Anerkennung im engeren Sinne, dann müßte der Constituent nicht blos die Nichtschuld, sondern auch seinen Irrthum und einen Dolus

vität eingetreten sei.[17] Wenn keine bestimmte Zahlungszeit festgesetzt ist, muß ein modicum tempus von mindestens 10 Tagen abgelaufen sein.[18]

5) Der Antrag geht dahin, Beklagten zur Leistung des beanspruchten Gegenstandes an den Kläger zu verurtheilen.

§. 223.

V. Die s. g. pacta legitima.

Schenkung unter Lebenden (inter vivos donatio).[1]

A. Die Klage auf Erfüllung.[2]

Zur Begründung dieser Klage, einer (und daher auch der) condictio ex lege 35 C. de donationibus (8; 53), ist zu behaupten:

a) daß der Kläger als Beschenkter activ,

b) daß Beklagter als Schenker (donans, donator) passiv zur Sache legitimirt seien;

---

des Gegners beweisen. L. 9 D. de neg. gest. (3; 5) in den Worten „quod reprobare non possim semel probatum." Die im Constitutum enthaltene Anerkennung im weiteren Sinne ist nach l. 18 §. 1 D. h. t. nicht ausreichend, den Gläubiger vom Beweise des zu Grunde liegenden Debitums zu befreien. A. M. das frühere R. O. H. G. nach dessen E. im 9. B. Nr. 58, unter Berufung auf die Analogie des Art. 300 des H. G. B. Da der Anweisung, von welcher dieser Artikel spricht, eine Schuld des Assignaten nicht zu Grunde zu liegen braucht, während ohne solche Grundlage ein Constitutum nicht möglich ist, mithin es an der Gleichheit des Grundes fehlt, ist die Analogie unzulässig. Anders, als beim Constitutum, ist es freilich bei der condictio indebiti und der Anfechtung eines s. g. legatum debiti, indessen kann das Constitutum mit der Solution und der Legirung nicht auf gleiche Stufe gestellt werden. Uebrigens hat natürlich nicht behauptet werden sollen, daß die im Constitutum enthaltene Anerkennung im weiteren Sinne Nichts beweise; auch nicht, daß sie nie vollen Beweis liefern könne; sondern nur, daß sie der Regel nach nicht vollbeweisend sei und daher der Regel nach nicht von der Beweislast in Ansehung des zu Grunde liegenden Debitums den Kläger befreie. Vgl. auch oben §. 17 Note 7; §. 219 Note 8, und unten §. 247 Note 10.

[17] Der Anfangstermin der constituirten Obligation gilt nicht für die neue, wenn er nicht gelten soll. L. 3 §. 2 D. h. t. in den Worten „ut ex die obligatus constituendo, se eadem die soluturum, teneatur." Die Bedingung der alten macht ohne Weiteres auch die neue bedingt. L. 19 pr. D. h. t. Bei einem Constitutum für eine künftige Schuld kann vor dem Eintritt der letzteren die Nativität nicht vorliegen.

[18] L. 21 §. 1 D. h. t.

[1] Die Schenkung unter Ehegatten ist bereits im §. 47 berücksichtigt.

[2] Es beruht die Klagbarkeit auf dem ganz natürlichen Grunde, daß eine Wortbrüchigkeit bei Schenkungen nicht geduldet werden darf, weil der Regel nach die persönlichen Verhältnisse der Parteien zu einander die Schenkung mit Grund veranlaßt haben, auch letztere den Beschenkten zu Handlungen, die sonst unterblieben wären, bereits bestimmt haben kann.

c) daß es sich um Leistung[3] des Geschenkten nebst den vorhandenen Nutzungen[4], eventuell Ersatz eines zu specificirenden Schadens handle;

d) daß eine Schenkung unter Lebenden vorliege, d. i. ein absichtlicher oder auf einem animus donandi des Schenkers beruhender und dem entsprechend vom Beschenkten angenommener[5] Liberalitätsvertrag (also unter Freiwilligkeit Seitens des Schenkers und unter Unentgeltlichkeit Seitens des Beschenkten) mit einer Vermögensverminderung auf Seiten des Schenkers[6] sowie einer Vermögensvermehrung[7] auf Seiten des Beschenkten.[8]

Es ist eine Schenkung unter Lebenden im Gegensatz gegen eine Schenkung auf den Todesfall zu vermuthen[9] und der Zusatz „unter Lebenden“ in der Klage nicht weiter besonders zu begründen. Eine Schenkung auf den Todesfall ist nur anzunehmen, wenn die Umstände

---

[3] U. A. auch Cession einer geschenkten Forderung, indem sich nicht mit Windscheid a. a. O. §. 368 Note 3 auf Grund der c. 33 C. h. t. ohne Weiteres eine actio utilis annehmen läßt.

[4] Nicht auch Verzugszinsen (auch nicht bei remuneratorischen Schenkungen). L. 22. D. de donationibus (39; 5). L. 16 pr. D. de usur. (22; 1).

[5] L. 19 §. 2, l. 26 D. h. t. L. 18 pr. D. de R. C. (12; 1).

[6] L. 9 §. 1, l. 11 D. h. t. L. 31 §. 7 D. de don. i. v. e. u. (24; 1).

Als Vermögensverminderung erscheint nie die Ausschlagung von Erbschaften und Vermächtnissen, selten das unverzinsliche Darlehn in Ansehung der Zinsen, meistens die Einbuße künstiger Naturalfrüchte, Mieth- und Pachtgelder. In dem Erforderniß der Vermögensverminderung unterscheidet sich u. A. die Schenkung von der Dotalbestellung, welche auch durch Ausschlagung eines deferirten Erwerbs geschehen kann, wenn nur der Wille der Betheiligten auf Dotalbestellung gerichtet war. Vgl. Bechmann, Dotalrecht, §. 63 unter 3 und §. 80 unter 3.

[7] Z. B. der Ersparung des Miethgeldes im Fall der unentgeltlichen Einräumung einer Wohnung. L. 9 pr. D. h. t. in den Worten „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur.“

[8] L. 9 §. 3 D. h. t.: „Donari non potest., nisi quod ejus fit, cui donatur.“

Die Gewährung eines Aequivalents für geleistete oder zu leistende Dienste u. d. m. ist selbst dann keine Schenkung, wenn es ohne rechtlichen Zwang gewährt wird. Es fehlt jedenfalls die Absicht, zu schenken. Daher ist auch die Gewährung des nothdürftigen Unterhalts aus der Concursmasse an den Gemeinschuldner und dessen Familie, welche nach der K. O. §. 118 bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher vom Gericht bestellt ist, vornehmen kann, nicht eine Schenkung. Aus dem angeführten Grunde liegt ferner in der Dotalbestellung nicht eine Schenkung an den Mann. L. 8 §. 13 D. quib. mod. p. v. h. s. (20; 6). L. 5. §. 5 D. de doli mali — exc. (44; 4). — Der Umstand, daß es sich um Errichtung einer Stiftung handelt, hebt den Begriff der Schenkung nicht auf. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 37.

[9] L. 42 §. 1 D. de mort. causa don. (39; 6). H. A. v. 1857, S. 93 fg. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 46.

ergeben, daß der Schenker eine entsprechende Absicht gehabt und erklärt habe genügend. Beklagter müßte seine Einrede, daß nur eine donatio mortis causa vorliege, durch Angabe dieser Umstände ausreichend begründen. Die Behauptung, daß eine Schenkung unter Lebenden vorliege, darf in der Klage nicht fehlen, da wesentliche Erfordernisse einer Klage, d. h. die rechtsbegründenden Thatsachen, auch dann anzugeben sind, wenn für selbige eine rechtliche Vermuthung streitet, es sich aber hier um ein solches Erforderniß handelt. Die fragliche Behauptung wird aber auch oft schon in der Klaganstellung an sich gefunden werden können. Wenn Kläger selbst sagt, der Schenker habe die Schenkung als mortis causa donatio bezeichnet, so muß er zur Begründung auch solche Umstände angeben, welche die Rechtsbeständigkeit dieser Bezeichnung zu beseitigen im Stande sind. Dafür genügt nicht die Angabe, daß der Widerruf ausgeschlossen, wohl aber die, daß die Gültigkeit auch für den Fall des Ueberlebens des Schenkers bedungen sei.

Bei einer großen Schenkung ist hinsichtlich des Betrages über 500 solidi [10] zu behaupten, daß sie gerichtlich insinuirt [11] oder daß eine Ausnahme begründet sei, z. B. eine remuneratorische Schenkung [12] vor-

---

[10] §. 2 J. de donationibus (2; 7). C. 36 §. 3 C. h. t. Nach Deutschem Gewohnheitsrecht sind 500 solidi gleich 500 Ducaten im Werthe von 4 Gulden des 18-Guldenfußes, mithin gleich 4666⅔ Mark. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 115.

[11] §. 2 J. h. t. C. 27, 30—35 C. h. t. Die bei Vermeidung einer Nichtigkeit in Ansehung des Ueberschusses über 500 solidi nothwendige gerichtliche Insinuation erfordert nicht die gewöhnliche Zuständigkeit, nicht eine causae cognitio, nicht die Anwesenheit des Beschenkten, nicht die Errichtung einer Schenkungsacte vor Gericht. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 49. Es genügt, daß der Schenker zu irgend einem Richter gehe, dort entweder die Schenkung zu Protokoll gebe oder eine schon errichtete (wenn auch verschlossene) Schenkungsurkunde anerkenne; sofern Beschenkter dabei nicht anwesend ist, die Zustellung des über den Act aufgenommenen Protokolls an letzteren beantrage, dieser auch die Schenkung acceptirt habe, was schon durch Entgegennahme und Behalten des Protokolls geschieht. Auch dürfte eine gerichtliche, nicht protokollarische Ausfertigung der Schenkungsurkunde genügen; dagegen nicht die bloße nicht protokollarische Uebersendung oder Ueberreichung der Schenkungsurkunde an das Gericht. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 34. Vgl. im Allgemeinen auch Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 28.

[12] L. 34 §. 1 D. h. t. Eine Schenkung mit übermäßiger Remuneration kann in Betreff des Uebermaßes nicht mehr als remuneratorische gelten. Bei unschätzbaren Diensten kann aber ein Uebermaß nicht angenommen werden. Nach den H. A. von 1861, S. 45 sollen remuneratorische Schenkungen der gerichtlichen Insinuation bedürfen.

Für Schenkungen unter einem Modus oder zu frommen Zwecken läßt sich eine Ausnahme nicht rechtfertigen; wohl aber für eidlich bekräftigte Schenkungen.

Eine Schenkung über 500 solidi von Mehreren oder an Mehrere ist nur dann eine große, wenn die Schenkung nach der Absicht der Betheiligten als Einheit be-

liege. Der freiwillige Erlaß einer Schuld ist auch eine Schenkung, bedarf also der gerichtlichen Insinuation, wenn es sich um mehr als 500 solidi handelt. Wenn der liberirte Schuldner klagt, etwa auf Rückgabe einer Schuldurkunde, so muß er in Ansehung des Betrages über 500 solidi die gerichtliche Insinuation behaupten.

Wenn auf Entschädigung geklagt wird, ist ein Dolus oder ein grobes Verschulden des Schenkers als Ursache des Schadens darzulegen.

e) Der Antrag geht auf Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des Geschenkten nebst den vorhandenen Nutzungen, bezw. des specificirten Schadens an den Kläger.

B. Die Widerrufsklagen[13]

a) wegen Undanks (ingratitudo);

b) wegen Nichteintritts einer res oder causa;

c) wegen nachgeborener Kinder.

Zu a.[14]

Zur Begründung der Klage, einer condictio ex lege[15], ist hervorzuheben:

1) die Activlegitimation des Klägers, welcher nur der Schenker, nicht auch ein Erbe desselben, sein kann[16];

---

handelt werden muß; sonst müßte rücksichtlich des Einzelnen der Betrag von 500 solidi überschritten sein. H. A. von 1858, S. 241.

Ueber die Schenkung von Renten s. c. 34 §. 4 C. h. t., deren Worte freilich unverständlich sind, deren Sinn aber offenbar der ist, daß auch dann, wenn sie nur auf Einer Seite mit dem Tode erlöschen soll, es in gleicher Weise, wie dann, wenn sie auf beiden Seiten mit dem Tode erlöschen soll, der Insinuation nicht bedarf, es möchte denn der Betrag der einzelnen Rente schon eine große Schenkung ausmachen. Vgl. Windscheid a. a. O. §. 367 Note 6. Die c. 34 §. 4 ist analog auf die Schenkung eines Ususfructus auszudehnen.

Beim heutigen s. g. subsidium paternum bedarf es keiner Insinuation. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 210.

[13] Die Klagen wegen der von Anfang an ungültigen Schenkungen (rei vindicatio, condictio sine causa, condictio ob injustam causam, actio ad exhibendum u. d. m.) bedürfen keiner besonderen Erwähnung.

[14] C. 10 C. de revocandis donationibus (8; 55). Eine remuneratorische Schenkung kann nicht wegen Undanks revocirt werden (l. 34 §. 1 D. de don. [39; 5]), wohl aber eine donatio sub modo, und zwar auch wegen anderer Gründe, als Nichterfüllung des Modus.

[15] Nicht condictio sine causa, weil l. 1 D. de cond. ex lege (13; 2) zutreffend ist. Daß die condictio sine causa hätte für anwendbar erklärt werden können, soll nicht bestritten werden. Es ist aber einmal nicht geschehen.

[16] C. 10 C. cit. C. 10 X. de donationibus (3; 24). Der Erbe würde nur berechtigt sein, wenn schon bei Lebzeiten des Schenkers die Widerrufsklage dem Beschenkten zugestellt wäre. Eine sonstige Mittheilung des Widerrufs von Seiten des Schenkers an den

2) die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Beschenkten, nicht auch des Erben desselben[17];

3) der Gegenstand, welcher in der Anerkennung des Widerrufs als eines begründeten und im Uebrigen nach Erfüllung in der Rückgabe des Erhaltenen oder des etwa dafür erlangten Verkaufspreises, soweit Beklagter zur Zeit der an ihn beschafften Mittheilung der Revocation noch bereichert ist[18], vor Erfüllung in der Rückgabe einer etwaigen Schenkungsurkunde besteht;

4) der Grund. Dieser liegt darin, daß Kläger dem Beklagten den angegebenen Gegenstand unter Lebenden geschenkt, bezw. auch gegeben habe; daß Beklagter doloser Weise gegen den Kläger sich grober Beleidigungen oder Thätlichkeiten oder der Bereitung eines erheblichen Vermögensverlustes oder der Verursachung einer Lebensgefahr oder der (vom Kläger nicht auch zu beweisenden) Nichterfüllung eines Modus schuldig gemacht, daß Kläger daher die Schenkung widerrufen habe oder jetzt durch die Klage widerrufe und daß, sofern es sich um bloße Anerkennung handelt, der Kläger ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung habe. Die Mutter, welche eine zweite Ehe geschlossen hat, kann die dem Kinde erster Ehe gemachte Schenkung nur wegen Lebensnachstellung, Thätlichkeit und Versuchs gänzlicher Vermögensentziehung revociren.[19]

5) Der Antrag ergibt sich von selbst aus dem zu 3 Bemerkten. Danach wirkt nicht erst das rechtskräftige Urtheil, sondern der mitgetheilte Widerruf des Schenkers aufhebend, wobei jedoch in Betreff der Erben die Noten 16 und 17 zu beachten sind.

Zu b.

Bei der Schenkung ob rem oder causam (futuram) ist wegen Nichteintritts der causa die condictio causa data causa non secuta anwendbar.[20]

Beschenkten genügt nicht. — Die mater portentosae vilitatis abjectaeque pudicitiae (mag sie in erster oder zweiter Ehe sich befinden) kann die Schenkung gar nicht revociren, so daß ihrer Klage eine Einrede entgegensteht. C. 7 §. 1 C. (8; 55). Vgl. auch c. 1 C. eod. l.

[17] C. 10 C. cit. in den Worten „Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus." Vgl. c. 7 §. 1 C. eod. l.; c. 22 C. de poenis (9; 47). Der Erbe des Beschenkten haftet wiederum nur dann, wenn letzterem bei dessen Lebzeiten die Klage bereits zugestellt war.

[18] Vgl. Bothmer im A. f. d. c. P. 61. B. S. 347 und 348.

[19] Nov. 22 c. 35. Eine analoge Ausdehnung der unter 4 genannten Gründe ist nach der Absicht des Gesetzgebers offenbar unstatthaft.

[20] Es kann die vorhandene Sache vindicirt werden, wenn das Eigenthum erst beim Eintritt einer Bedingung übergehen sollte (l. 1 pr. §. 1 D. de don. [39; 5]), diese aber nicht eingetreten ist oder das Eigenthum unter einer Resolutivbedingung übertragen (l. 1 §. 1 D. eod. l.), letztere aber eingetreten ist. Bei einer Schenkung mit einem Endtermin könnte die actio praescriptis verbis oder eine condictio sine causa auf Rückgabe angestellt werden.

Diese geht activ und passiv auf und gegen die Erben über. Ob der Nichteintritt vom Beschenkten verschuldet ist oder nicht, ist gleichgültig, es möchte denn die Nothwendigkeit einer Verschuldung der Absicht der Contrahenten entsprechen oder es möchte der Geber gegen den Beschenkten auf Erfüllung der causa ohne den casus eine Klage gehabt haben. Die causa unterscheidet sich vom modus dadurch, daß jene die bestimmende Grundlage, dieser etwas Nebensächliches ist.[21]

Es kann auch der modus zugleich causa sein. In diesem Fall ist sowohl die Klage wegen Undanks ohne activen und passiven Uebergang auf die Erben, als die auf dieselben übergehende condictio ob causam datorum anwendbar.[22]

Zur Begründung ist somit anzugeben, daß

1) der Kläger oder dessen Erblasser

2) dem Beklagten oder dessen Erblasser

3) den in Anspruch genommenen Gegenstand

4) geschenkt und gegeben habe wegen einer causa, welche nicht eingetreten sei, und

5) somit die Verurtheilung zur Rückgabe beantragt werde.

Der Einwand, daß die Parteien beabsichtigt haben, es solle nur wegen verschuldeter Nichterfüllung condicirt werden dürfen, kann durch die Replik der Verschuldung elidirt werden.

Zu c.

Eine Widerrufsklage wegen nachgeborener Kinder läßt sich gemeinrechtlich theoretisch nicht rechtfertigen. Die c. 8 C. de revocandis donationibus (8; 55) spricht nur vom Patron gegenüber dem Freigelassenen. Und bei der Verschiedenheit der Ansichten in der Theorie und Praxis läßt sich eben nur sagen, daß gemeinrechtlich der Schenker wegen eines nachgeborenen Kindes die Schenkung nicht revociren könne[23]; daß aber particularrechtlich dies dann statthaft sei, wenn für den betreffenden Bezirk eine feste gewohnheitsrechtliche Praxis nachgewiesen werden

---

[21] In der l. 2 §. 7 und l. 3 D. eod. l. werden conditio und causa in ähnlicher Weise einander entgegengestellt. Natürlich nimmt die causa im Texte die Stelle der conditio ein. Die causa im Text beruht auf dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten; die in der l. 2 §. 7 und l. 3 ist ein einseitiges Motiv des Schenkers.

[22] Wenn der modus oder die causa darin besteht, daß der Beschenkte den Schenker alimentire und dies nicht geschieht, hat der Schenker auch die rei vindicatio utilis. Er wird durch seine dem Beschenkten gegenüber abgegebene Erklärung, daß er vindiciren wolle, ipso jure zur Anstellung der rei vindicatio utilis berechtigt. C. 1 C. de donationibus, quae sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur (8; 54). S. oben §. 56 Note 107 und 108.

[23] Vgl. auch v. Savigny, System, 4. B. (Berlin 1841), S. 228 und 229.

könne. Sollte dies der Fall sein, so würde im Zweifel als Grund geltend gemacht werden müssen, daß die Schenkung zur Zeit der Kinderlosigkeit gemacht, daß dem Schenker später ein Kind geboren sei, daß dies zur Zeit der Schenkung nicht erwartet werden konnte, daß das Kind noch lebe und daß die Schenkung bei der früheren Geburt offenbar nicht gemacht sein würde.

Wenn durch die Schenkung der Pflichttheil verletzt wird, so kann nicht blos nach dem Tode des Schenkers das Kind sich der querela inofficiosae donationis bedienen, sondern es steht auch dem Schenker zur Ergänzung des Pflichttheils eine condictio ex lege 5 C. de inofficiosis donationibus (3; 29) gegen den Beschenkten zu.[24]

§. 224.
VI. Die s. g. pacta adjecta.
Insbesondere das s. g. interdictum aus c. 3 C. de pignoribus et hypothecis (8; 13).

Die pacta (pacta conventa, pactiones) waren nach Römischem Recht auch dann klagbar, wenn sie gleich im Anfang einem negotium bonae fidei hinzugefügt waren. Die Klage aus letzterem ging auf Erfüllung des pactum.

Von den vielen pacta, die auf solche Weise klagbar waren und welche im Allgemeinen richtiger bei den besonderen Geschäften, wie Kauf, berührt werden, soll hier nur ein pactum, da es ungeachtet seiner Seltenheit doch bei den verschiedensten Geschäften vorkommen kann, hervorgehoben werden, nämlich der Vertrag, durch welchen einem Gläubiger das Recht eingeräumt wird, sich selbst den Besitz zu verschaffen.

Man spricht dabei von einem interdictum aus c. 3 C. de pignoribus et hypothecis (8; 13). Ohne Grund, denn dieses Gesetz[1] gibt kein interdictum. Die Stelle handelt von einem Darlehn nebst einer Hypothek und der Convention, daß bei Nichtzahlung der Schuld der Gläubiger sich selbst den Besitz eigenmächtig verschaffen könne. Es ist hier offenbar von einem pactum, welches gleich Anfangs dem hypothekarischen pactum beigefügt war, die Rede. Das Rechtsmittel ist also die actio hypothecaria oder etwa auch die actio praescriptis verbis wegen eines do ut facias. In anderen Fällen könnte es eine actio emti u. s. w. sein. Jetzt ist der Vertrag natürlich auch bei nachträglicher Hinzufügung klagbar.

Es kann also durch einen Vertrag Jemandem, mag er sonst ein Recht auf Erlangung des Besitzes haben oder nicht, die Befugniß ein-

---

[24] Vgl. Windscheid a. a. O. §. 586 Note 15.

[1] „Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent."

geräumt werden, eigenmächtig sich in den Besitz zu setzen. Diese Vereinbarung gibt das Recht zur Selbsthülfe, vorausgesetzt, daß der Besitzer sich der Ausübung nicht widersetzt.[2]

In letzterem Falle muß geklagt werden. Zur Begründung der Klage ist anzugeben:

1) daß Kläger als Promissar activ,

2) daß Beklagter als Promittent passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um ein Verbot, die eigenmächtige Erlangung des Besitzes (der Detention oder des juristischen Besitzes) zu hindern handle;

4) weil Beklagter dem Kläger unter dessen Acceptation die eigenmächtige Besitzergreifung gestattet, überdies auch Kläger als Pfandgläubiger, Käufer, Beschenkter u. d. m. ein Interesse an der Besitzergreifung und Beklagter den Besitz[3] habe;

5) daß demnach beantragt werde, dem Beklagten zu verbieten, die eigenmächtige Erlangung des Besitzes Seitens des Klägers zu hindern.

VII. Die sonstigen Consensualverträge.

§. 225.

1. Spiele und Wetten.[1]

Spiele sind der Regel noch nicht klagbar. Jedoch kann das Gezahlte meistens nicht zurückgefordert werden. Wetten sind klagbar. Es interessiren uns somit

---

[2] Nach der S. O. §. 78 ist der Schiffer, wenn das Schiff in einem Hafen liegt, befugt, die Effecten der Schiffsleute zur Verhütung einer Entweichung bis zur Abreise des Schiffs in Verwahrung zu nehmen. In diesem Falle könnte der Schiffer auch gegen den Widerstand des Schiffsmannes Gewalt anwenden.

Der Vermiether ist nicht befugt, sich eigenmächtig in den Besitz der Invecten und Illaten des Miethers zu setzen, sie möchten denn von letzterem beim Ausziehen zurückgelassen sein.

[3] Der Besitz des Beklagten ist freilich für die im Text bezeichnete Klage, aber nicht für alle möglichen Klagen erforderlich.

Ist Beklagter dem Kläger für den Besitzverlust verantwortlich, etwa weil er ein Behalten des Besitzes zugesagt, aber selbigen an einen Dritten übertragen hat oder weil er ihn nach widerrechtlicher Hinderung des Klägers an der Occupation verloren hat, so muß er haften, wenn er auch nicht mehr besitzen sollte. Könnte er sich den Besitz im Fall seiner Verurtheilung nicht wieder verschaffen und ihn daher nicht ergreifen lassen, so würde das Interesse an die Stelle treten. Dies könnte auch von Vorne herein beansprucht werden; und zwar hauptsächlich, wenn Kläger mit Grund die Unmöglichkeit der Widererlangung des Besitzes behaupten könnte; eventuell für den Fall der nicht erfolgenden Wiedererlangung und Gewährung der Apprehension.

[1] Vgl. Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht 2. B. S. 133 fg. und

A. die ausnahmsweise zulässige Klage aus Spielen auf Erfüllung;

B. die ausnahmsweise zulässige Klage aus Spielen auf Rückgabe des Gezahlten;

C. die Klage aus Wetten.

Zu A.

Eine Klagbarkeit ist begründet:

a) bei der staatlich genehmigten Lotterie;

b) beim staatlich genehmigten Ausspielgeschäft;

c) bei den körperliche Uebungen enthaltenden Spielen.

a. Bei der Lotterie (dem Lotto oder der Zahlenlotterie und der Classenlotterie) erscheint der Kauf eines Looses zunächst als emtio spei, so daß auch die actiones emti und venditi anwendbar sind. Das Loos ist Beweisurkunde.[2]

Zur Begründung der Klage auf Zahlung des Gewinns ist zu behaupten:

1) daß Kläger Inhaber des Looses und somit meistens, eventuell anderweitig activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter passiv zur Sache legitimirt sei, was von dem Unternehmer, den eine Direction zu vertreten haben kann, gilt; ausnahmsweise auch von dem Collecteur, wenn dieser nach dem bekannt gemachten Lotterieplan oder sonst unter Acceptation des Klägers die eigene Haftung übernommen hat;

---

8. B. S. 205 fg. Lieferungsverträge über Staatspapiere und Actien u. d. m. sind gültig und klagbar auch in Ansehung der Coursdifferenz, sogar wenn bedungenermaßen lediglich die Zahlung dieser beabsichtigt ist. Sie fallen selbst in letzterem Falle nicht unter den Begriff von Spielen, weil sie Kaufgeschäfte sind, überdies auch mit Rücksicht auf den Zeitpunkt der Vertragsschließung ein dem Werth entsprechendes Pretium bedungen ist und eine Lossagung von diesem Zeitpunkt bei dem Vertrage, als einem Kaufvertrage, nicht richtig sein könnte. Ein gleicher Fall ist folgender. Wenn A. und B. über ein Grundstück einen Kauf zum Preise von 10,000 Mark abschließen und dabei ausmachen, daß nach einem Jahre das Grundstück öffentlich versteigert und dann die Differenz zwischen dem Erlöse und den 10,000 Mark dem Einen oder Anderen bezahlt werden solle, so bleibt dies immer ein gültiges Geschäft, so sehr es auch auf Gewinn abgesehen sein mag. Man kann auch sagen, daß in solchen Fällen jeder Contrahent mit sich selbst, aber nicht mit dem anderen Contrahenten, spiele oder für sich allein speculire; gerade wie man etwa den Verkauf von Staatspapieren und Actien in der Hoffnung auf ein Steigen des Courses noch aufschiebt. Die Erlassung eines Gesetzes, daß Differenzgeschäfte nicht klagbar sein sollen, dürfte übrigens wohl rathsam sein. — Vgl. über die Klagbarkeit oder Nichtklagbarkeit der Differenzgeschäfte die Zeitschrift für das ges. Handelsrecht 26. B. S. 240; Endemann a. a. O. §. 120 und §. 121 unter III. Daselbst sind auch die verschiedenen Arten der Differenzgeschäfte näher angegeben.

[2] Vgl. Gerber a. a. O. §. 193. Ueber das an die Lotterie sich anschließende Heuer- und Promessengeschäft s. Endemann a. a. O. §. 122 unter III.

3) daß die Leistung eines näher anzugebenden Gewinnes verlangt werde;

4) daß die Lotterie vom zuständigen Organ der Staatsgewalt genehmigt, bei der Ziehung der Gewinn auf das Loos des Klägers gefallen, auch nach dem Lotterieplan die Fälligkeit eingetreten sei;

5) daß demnach die Verurtheilung des Beklagten zur Auskehrung des Gewinnes an den Kläger beantragt werde.

b. Beim Ausspielgeschäft muß bei der Klage auf Leistung des Gewinnes der Kläger behaupten:

1) daß er als Besitzer eines Gewinnlooses, eventuell anderweitig activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Unternehmer (Verkäufer, Schenker u. d. m.) passiv zur Sache legitimirt sei;

3) daß der verlangte Gegenstand in Betracht komme;

4) daß ein Ausspielgeschäft vorliege; daß dieses vom zuständigen Organ der Staatsgewalt genehmigt sei; daß das Ausspiel stattgefunden habe und daß der Gewinn auf das Loos des Klägers gefallen, auch die Fälligkeit eingetreten sei;

5) daß demnach die Verurtheilung des Beklagten zur Auskehrung des gewonnenen Gegenstandes an den Kläger beantragt werde.

c. Die körperliche Uebungen virtutis causa enthaltenden Spiele sind klagbar.[3] Die Bestimmung der c. 1 C. de aleatoribus et alearum lusu (3; 43), daß Reiche nur um einen solidus, Andere nur um einen viel geringeren Betrag spielen dürfen, gilt nicht, weil die Stelle nicht glossirt ist. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß die dem Vermögen der Spielenden entsprechenden Gränzen nicht überschritten werden dürfen. Sonst läge ein Verstoß gegen die guten Sitten vor.

Zur Begründung der Klage ist zu bemerken, daß

1) Kläger als Sieger activ,

2) Beklagter als Besiegter passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) welcher Betrag verlangt werde;

4) daß zwischen den Parteien der auf eine körperliche Uebung virtutis causa gerichtete Spielvertrag geschlossen, das Spiel ausgeführt,

---

[3] L. 2 §. 1 D. de aleatoribus (11; 5): „Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat.“ Hiermit ist nur das Verbot beseitigt. Die Klagbarkeit mußte nach Röm. Recht anderweitig begründet sein, etwa in Folge einer Stipulation oder wegen der die actio praescriptis verbis begründenden Erfüllung von einer Seite. Auf Kegel-, Billard- und ähnliche Spiele läßt sich die l. 2 §. 1 D. (11; 5) nicht ausdehnen.

Kläger Sieger geworden und der bedungene Gewinn dem Vermögen der Parteien entsprechend sei;

5) daß somit Verurtheilung zur Zahlung des angegebenen Betrages beantragt werde.

Zu B.

Bei den erlaubten, insbesondere den heutigen Gesellschaftsspielen, kann das Gezahlte nicht zurückgefordert werden.

Bei unerlaubten, namentlich Hazard- oder gesetzlich reprobirten Spielen, ist die Klage auf Rückgabe des Gezahlten statthaft, es möchte denn etwa diese ausgeschlossen und Confiscation angeordnet sein oder es möchte auf beiden Seiten eine turpitudo vorliegen. Die Klage ist eine condictio ob injustam causam, deren Begründung sich von selbst ergibt.[4]

Zu C.

Wetten[5] sind klagbar[6], sie möchten denn nur ein unerlaubtes Spiel verdecken sollen oder etwas Unsittliches enthalten.[7] Letzteres ist auch dann anzunehmen, wenn der Einsatz mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Parteien übermäßig ist[8], oder wenn der eine Theil, für welchen keine Ungewißheit vorlag, seine Kunde doloser Weise verheimlicht hat.

Zur Begründung der Klage ist zu bemerken:

1) daß Kläger als Gewinner[9] activ,

2) Beklagter als Verlierer passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) sodann der bestimmte Betrag anzugeben;

4) als Grund hervorzuheben, daß die Wette unter den Parteien um den angegebenen Betrag, der übrigens für sie ein verschiedener sein

---

[4] Thöl, Handelsrecht, 5. Auflage, 1. B. Abth. 2 (Leipzig 1876), §. 304 verwirft die Unterscheidung zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen. Er läßt auch bei letzteren eine Rückforderungsklage nicht zu, was sich jedoch auf reichsgesetzlich verbotene Spielverträge nicht beziehen soll. Windscheid a. a. O. §. 419 Ziffer 2 gibt bei den erlaubten Spielen auch eine Klage auf Erfüllung.

[5] Der eigentliche Unterschied zwischen Spiel und Wette besteht darin, daß es bei jenem auf die Erlangung eines Gewinns, bei dieser auf das Rechthaben abgesehen ist. Eine Thätigkeit kann in beiden Fällen vorkommen und unterbleiben.

[6] L. 17 §. 5 D. de praesc. verb. (19; 5): „Si quis sponsionis causa annulos accepit, nec reddidit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. — — Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.“ Zeitschrift für das ges. Handelsrecht 26. B. S. 238. Nach Röm. Recht erforderte die Klagbarkeit übrigens eine Stipulation oder Erfüllung von einer Seite. v. Vangerow a. a. O. §. 673 Anm. unter 2.

[7] H. A. v. 1863, S. 367 fg.

[8] Ein richterliches Moderationsrecht läßt sich nicht rechtfertigen. Gerber a. a. O. §. 194.

[9] Möglicherweise nach den folgenden Bemerkungen unter 4 auch ein Dritter.

kann, geschlossen sei und Kläger gewonnen habe. Wenn die Wettsumme nicht dem Sieger, sondern einem Dritten zu zahlen ist[10], würde ersterer als Kläger auch sein rechtliches Interesse, zu klagen, darlegen müssen. Klagte der Dritte, so hätte er u. A. die Voraussetzungen eines Vertrages zu Gunsten Dritter hervorzuheben.

5) Hieran ist der Antrag auf Verurtheilung anzuknüpfen.

Die hervorgehobenen Gründe der Ungültigkeit sind einredeweise geltend zu machen.

§. 226.

2. Verlagsvertrag.

Der Verlagsvertrag ist derjenige Vertrag, wodurch der Auctor (Schriftsteller, Maler, Notensetzer) sich verpflichtet, ein bestimmtes Manuscript, Bild, Notenwerk dem anderen Contrahenten (Verleger) zu liefern und dieser verspricht, dasselbe vervielfältigt (gedruckt, gestochen oder lithographirt) im Publikum zu verbreiten.[1] Ein Honorar für den Auctor ist möglich. Es kann verschieden zu berechnen sein.

Im Zweifel hat der Verleger das Recht, so viele Exemplare anfertigen zu lassen, als ihm beliebt; aber nur auf Einmal. Denn im Zweifel hat er auch nur ein Recht auf Eine Auflage.[2] Der Verlagsvertrag fällt meistens unter den Gesichtspunkt des unerschöpflichen, also auch für Verhältnisse, welche den Römern ganz fremd waren, anwendbaren Römischen s. g. Innominatrealcontracts.[3] Von der Klage daraus gilt daher auch im Allgemeinen das im §. 214 Bemerkte.

Zur Begründung der Klage ist anzugeben:

1) daß Kläger als Auctor oder Verleger activ,

2) Beklagter als solcher passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich handle:

a) bei der Klage des Auctors: um Vervielfältigung und Verbreitung im Publikum, Zahlung eines Honorars, Ersatz eines zu specificirenden Schadens, Aufhebung des Vertrages, oder das Eine oder Andere u. s. w.;

b) bei der Klage des Verlegers: um Lieferung des Werks, Ersatz eines zu specificirenden Schadens, Aufhebung des Vertrages, oder das Eine oder Andere u. s. w.;

---

[10] v. Vangerow a. a. O. §. 673 Anm. unter 1.

[1] Diese Definition schließt sich im Wesentlichen der Gerber'schen (a. a. O. §. 200) an.

[2] Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 174.

[3] Unter Umständen ließe sich auch der Gesichtspunkt eines Kaufs, einer locatio conductio operis, einer Societät oder eines Mandats rechtfertigen.

4) der Grund der Klage. Dieser besteht im Allgemeinen in der Schließung des Verlagsvertrages.

Wenn der Auctor klagt, wird er meistens auch behaupten müssen, daß er erfüllt habe. Eine Vervielfältigung und Verbreitung wäre sonst nicht möglich; ein Honorar für Dienste ist der Regel nach erst nach Leistung derselben fällig und der Anspruch auf Schadensersatz vor der Erfüllung Seitens des Auctors gleichfalls im Allgemeinen nicht denkbar.

Wenn der Verleger klagt, wird meistens anzugeben sein, daß der Auctor nicht erfüllt habe; dagegen nicht, daß vom Kläger selbst erfüllt worden, weil der Regel nach erst nach Erfüllung des Auctors der Verleger thätig werden kann.

Klagt der Eine oder Andere auf Schadensersatz, so ist insbesondere zu behaupten, daß durch Nichterfüllung einer Zusage oder durch ein schuldvolles Verhalten (culpa levis[4]) des Beklagten der Schaden, sei es auch entgangener Gewinn und bestehe derselbe auch nicht gerade in einem Vermögensschaden[5], dem Kläger verursacht sei.

Bei einer Klage auf Aufhebung des Vertrages würde man sich u. A. darauf stützen können, daß wegen eingetretener zufälliger oder vom Beklagten verschuldeter Umstände, oder in Folge Nichterfüllung einer Zusage Seitens des Beklagten die bedungenen Leistungen oder eine wesentliche Leistung nicht mehr möglich oder doch nur als eine wesentlich andere möglich sein würde.[6]

Im Uebrigen würde, wenn es etwa fraglich sein sollte, ob das Verlagsgeschäft als Handelsgeschäft zu betrachten sei, vom Kläger, der sich auf ein Handelsgeschäft stützte, hervorzuheben sein, daß der Verleger das Verlagsgeschäft gewerbemäßig betreibe oder das vorliegende als Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht habe.[7]

5) Der Antrag. Dieser ergibt sich aus den Bemerkungen zu 3.

---

[4] Beide Contrahenten haften für die absolute culpa levis, weil sie stets ein Interesse beim Vertrage verfolgen und der Gesichtspunkt einer Societät nicht zutreffend ist. Dies gilt vom Auctor auch dann, wenn er kein Honorar beziehen soll.

[5] Insbesondere gilt dies von einer Klage des Auctors. Sein zu schützendes Interesse ist vielfach ein materielles. Vgl. Sohlen, Das Autorrecht, in Jhering's Jahrbüchern (1880), S. 129 fg. Die richterliche Festsetzung der Höhe des Schadens mag oft schwierig sein, ist aber nie unmöglich.

[6] Vgl. in Ansehung der Rücktrittsbefugniß wegen Säumigkeit des Verlegers Schl.-Holst. A. v. 1874, S. 209 fg.

[7] H. G. B. Art. 272.
E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 15.

3. Versicherungsvertrag.

§. 227.

Allgemeine Uebersicht.

Der Versicherungsvertrag ist derjenige Vertrag, wonach der eine Theil die Haftung für einen durch ein bestimmtes Ereigniß verursachten Schaden dem anderen Contrahenten zu seinen oder eines Dritten Gunsten gegen eine Prämie [1] zusagt.

Das Ereigniß kann ein sehr verschiedenes sein, z. B. Brand, Ueberschwemmung, Hagelschlag, Viehseuchen, Tod oder Körperverletzung eines Menschen, Beschädigung von Glaswaaren, Seeunglück u. d. m.

Im elften Titel spricht das H. G. B. von der Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt. Hierüber enthält es sehr genaue Bestimmungen. Die meisten gelten gewohnheitsrechtlich oder nach der Analogie oder der Natur der Sache überhaupt von jeder Versicherung. Die nachfolgende Darstellung wird sich nur auf die Seeassecuranz beschränken, weil es für die anderen Versicherungsverträge reichs- und gemeinrechtlich an besonderen publicirten Gesetzen fehlt.

Bei der Seeversicherung sind nun zu unterscheiden:

A. Klagen des Versicherers:

a) auf Zahlung der Prämie;

b) auf Herabsetzung einer Taxe;

c) wegen der dem Versicherten gegen Dritte zustehenden Ansprüche, insbesondere auch gegen den Versicherten auf Ertheilung einer beglaubigten Anerkennungsurkunde über den Eintritt in die Rechte gegen den Dritten oder eines Abandonreverses und Auslieferung der auf den abandonnirten Gegenstand sich beziehenden Urkunden, oder auf ein Verbot oder das Interesse wegen Beeinträchtigung der Rechte des Versicherers in Ansehung des Dritten;

d) gegen den Versicherten oder einen Dritten auf Anfechtung der Dispache unter Umständen;

e) gegen den Versicherten auf Erstattung der Versicherungssumme im Fall des H. G. B. Art. 869;

---

[1] Die Prämie bildet nicht blos einen entsprechenden Beitrag zu den zu zahlenden Versicherungssummen, sondern auch eine Vergütung für die Uebernahme der Gefahr s. w. d. a., mithin auch eine Erwerbsquelle. Bei Versicherungen auf Gegenseitigkeit fällt letzteres fort. Diese Versicherungen unterliegen daher auch einer ganz anderen rechtlichen Beurtheilung, als die Prämienversicherungen. Vgl. z. B. H. G. B. Art. 271 Ziffer 3, und Busch a. a. O. 21. B. S. 365—372 und 376—377.

1) gegen den Versicherten oder Ladungsempfänger oder Befrachter auf einen Theil der Fracht in Folge Abandonnirung des Schiffs.

B. Klagen des Versicherten:

a) auf Zahlung des Schadens bis auf Höhe der Versicherungssumme;

b) auf Tragung von verschiedenen Nebenkosten im Fall des H. G. B. Art. 832, 838, 874, 875, 878 und 879;

c) gegen den Versicherer subsidiär im Fall eines von dem Versicherten erlittenen, zur großen Haverei gehörenden oder eines nach den Grundsätzen der letzteren zu beurtheilenden Schadens in Ansehung der nicht exigiblen Beiträge;

d) gegen den Versicherer auf vorläufige Zahlung eines Theils des Schadens und auf Vorschießung von Ausgaben und Kosten;

e) auf Rückzahlung der Prämie oder eines Theiles derselben oder auf Erstattung der einem anderen Versicherer gezahlten Prämie sammt sonstigen etwaigen Kosten;

f) auf Anfechtung der Dispache.

C. Klagen des Versicherungsnehmers:

a) gegen den Versicherer auf Aushändigung einer Police;

b) sonstige Klagen.

D. Klagen eines Dritten.

A. Klagen des Versicherers.

§. 228.

a. Die Klage auf Zahlung der Prämie.

H. G. B. Art. 786, 789, 793, 794, 815, 816, 835, 899—902.

Zur Begründung der Klage auf die Prämie würde nach diesen Artikeln namentlich Folgendes hervorzuheben sein:

1) daß Kläger als Versicherer activ zu Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Versicherungsnehmer[1] passiv zur Sache legiti-

---

[1] Der Versicherungsnehmer schließt den Versicherungsvertrag immer in eigenem Namen; geschieht dies in fremdem Namen, so ist er nicht Versicherungsnehmer. H. G. B. Art. 787. Er kann nun

a) sein eigenes Interesse versichern, also selbst der Versicherte sein, oder

b) das Interesse eines Dritten versichern, mithin, wenn auch in eigenem Namen, so doch zu Gunsten eines Dritten versichern, mag er

α) Bevollmächtigter, oder

β) Geschäftsführer ohne Auftrag

des Dritten sein. Vgl. Lewis, Seerecht, 2. B. (Leipzig 1878), S. 193 und 194.

mirt sei; ferner auch der vom Versicherungsnehmer verschiedene Versicherte; dieser letztere, weil es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung, und zwar für seine Rechnung, handle, der Versicherungsnehmer zahlungsunfähig geworden sei und die Prämie von dem Versicherten noch nicht erhalten habe[2];

3) daß die der Höhe nach näher anzugebende volle bestimmte Prämie[3] oder die zu berechnende volle Zeitprämie[4] oder die von der vollen Prämie, bezw. einem verhältnißmäßigen Theil derselben zu berechnende Ristornogebühr ($^1/_2$ % der ganzen oder getheilten Versicherungssumme, jedoch nicht über die Hälfte der ganzen oder getheilten Prämie, es möchte denn ein anderer Betrag vereinbart oder am Ort der Versicherung üblich sein[5]), gegen Auslieferung der verlangten Police[6] beansprucht werde;

4) weil

bei der Klage auf die volle bestimmte Prämie der Versicherungsvertrag abgeschlossen sei[7];

bei der Klage auf die volle Zeitprämie der Versicherungsvertrag geschlossen sei; die berechnete Zeit richtig sei; insbesondere im eintretenden Falle das auf Zeit versicherte Schiff bei dem Ablauf der im Vertrage festgesetzten Versicherungszeit unterwegs gewesen und somit erst später das Schiff zu einer genau anzugebenden Zeit im nächsten Bestimmungshafen angekommen, auch, falls in diesem gelöscht worden, die Löschung beendigt; oder bei Verschollenheit des Schiffs die Verschollenheitsfrist abgelaufen und demnach bis zu diesen Zeitpunkten hin die Zeitprämie fort zu entrichten sei; dies aber die beanspruchte Summe ergebe[8];

bei der Klage auf die Ristornogebühr der Versicherungsvertrag abgeschlossen sei, aber die Unternehmung, auf welche die Versicherung sich beziehe, ganz oder theilweise von dem Versicherten aufgegeben; oder ohne sein Zuthun die versicherte Sache ganz oder zum Theil der von dem Versicherer übernommenen Gefahr nicht ausgesetzt[9]; oder die Versicherung wegen Mangels des versicherten Interesses oder wegen Ueberversicherung oder wegen Doppelversicherung unwirksam sei und der Versicherungsnehmer bei dem Abschluß des Vertrages und im Fall der Ver-

---

[2] H. G. B. Art. 816.
[3] H. G. B. Art. 816, 786, 789, 793, 815.
[4] H. G. B. Art. 835.
[5] H. G. B. Art. 899—902, 794.
[6] H. G. B. Art. 816.
[7] H. G. B. Art. 816.
[8] H. G. B. Art. 835.
[9] H. G. B. Art. 899.

sicherung für fremde Rechnung auch der Versicherte bei der Ertheilung des Auftrages in gutem Glauben sich befunden habe[10];

5) daß somit Verurtheilung in Gemäßheit des zu 3 Angebenen beantragt werde.

§. 229.

b. Die Klage auf Herabsetzung einer Taxe.

H. G. B. Art. 790, 797 und 803.

Die Befugniß des Versicherers, eine Herabsetzung der Taxe zu fordern, kann nicht blos einredeweise geltend gemacht werden, z. B. gegenüber der Klage auf Zahlung der Versicherungssumme, sondern auch klageweise. Letzteres kann sowohl vor, als auch nach Eintritt eines Schadens geschehen. Zur Begründung der Klage ist hervorzuheben:

1) daß Kläger als Versicherer activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Versicherungsnehmer oder anderweitig als Partei dabei, daß die Taxe nicht herabgesetzt werde, rechtlich interessirt und als der Herabsetzung widersprechend, passiv zur Sache legitimirt sei;

3) daß die Herabsetzung der Taxe um einen bestimmten oder einen nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden[1] Betrag gefordert werde;

4) weil ein Versicherungsvertrag geschlossen; durch Vereinbarung der Contrahenten der Versicherungswerth auf eine bestimmte Summe (Taxe),

---

[10] H. G. B. Art. 900.

In Ansehung der Klage auf die Ristornogebühr ist processualisch Folgendes zu beachten:

a) Kläger könnte wegen Abschlusses des Versicherungsvertrages einfach auf die volle Prämie klagen und es dem Beklagten überlassen, einzuwenden, daß er nur die Ristornogebühr zu zahlen habe. Dann würde aber Kläger die Proceßkosten zum Theil tragen müssen.

b) Um dem zu entgehen, ist die Klage auf die Ristornogebühr vorzuziehen.

c) Damit diese Klage als correct erscheine, müssen dann aber die im Text bezeichneten Umstände angegeben werden.

d) Von einer Beweislast in Ansehung derselben, abgesehen vom Abschluß des Vertrages, kann indessen keine Rede sein.

e) Behauptet Beklagter, Nichts schuldig zu sein, so müßte er seine bezüglichen Angaben beweisen. Ein bloßes Leugnen der Angaben des Klägers, abgesehen vom Abschluß des Vertrages, wäre sinnlos.

f) Wenn Kläger wegen Abschlusses des Vertrages nur auf die Ristornogebühr klagt, so läßt die ganz oder theilweise nicht geschehene Angabe der im Text hervorgehobenen Umstände in der Klage diese freilich als uncorrect erscheinen, kann aber nicht eine Abweisung zur Folge haben.

[1] Es kommen dann die oben angegebenen Grundsätze des §. 17 unter I zu H zur Anwendung.

und zwar nicht blos mit der Bestimmung: „vorläufig taxirt") festgestellt und bei der Versicherung von Fracht, sofern es sich um einen zu ersetzenden Schaden handelt, besonders bedungen worden, daß die Taxe in Bezug auf einen von dem Versicherer zu ersetzenden Schaden maßgebend sein solle; die Taxe wesentlich übersetzt sei, bezw. wenn imaginärer Gewinn taxirt ist, die Taxe den zur Zeit des Abschlusses des Vertrages nach kaufmännischer Berechnung möglicher Weise zu erwartenden Gewinn überstiegen habe; Kläger, falls er vor Eintritt eines Schadens klagt, ein rechtliches Interesse habe, eine Herabsetzung der Taxe zu fordern; die angegebene bestimmte (bezw. die nach richterlichem Ermessen zu bestimmende) geringere Summe schon dem vollen Werth des versicherten Gegenstandes entspreche, und zwar:

bei einem Schiff, in Ermangelung einer Vereinbarung über eine andere Grundlage der Schätzung, dem Werth, welchen das Schiff in dem Zeitpunkt habe oder gehabt habe, in welchem die Gefahr für den Versicherer zu laufen beginne oder begonnen habe;

bei Gütern, in Ermangelung einer Vereinbarung über eine andere Grundlage der Schätzung, dem Werth, welchen die Güter am Ort und zur Zeit der Abladung haben oder gehabt haben, unter Hinzurechnung aller Kosten bis an Bord einschließlich der Versicherungskosten und im Fall einer Vereinbarung auch der Fracht sowie der Kosten während der Reise und am Bestimmungsort;

5) daß somit ein dem Passus unter 3 entsprechender Antrag gestellt werde.

§. 230.

c. Die Klage wegen der dem Versicherten gegen Dritte zustehenden Ansprüche.

H. G. B. Art. 808, 809 und 875.

I. Zur Begründung der Klage gegen den Dritten wäre Folgendes geltend zu machen:

1) daß Kläger als Versicherer activ zur Sache legitimirt sei, indem er seine Verpflichtung zur Vergütung eines Schadens dem Versicherten gegenüber erfüllt habe und somit, soweit er einen Schaden vergütet, ipso jure in dessen Rechte gegen den Dritten eingetreten sei (Art. 808 Abs. 1); bezw. bei Versicherung einer Forderung, zu deren Deckung eine den Gefahren der See ausgesetzte Sache dient, der Versicherte dem Kläger, nachdem dieser seine Verpflichtungen zum Schadensersatz erfüllt, seine Rechte gegen den Schuldner, soweit Ersatz geleistet sei, cedirt habe (Art. 809 Abs. 1);

2) daß Beklagter als Schuldner, früher des Versicherten, passiv zur Sache legitimirt sei;

3) daß der zu specificirende vergütete Schaden (Art. 808 Abs. 1), bezw. der durch die cedirte berichtigte Forderung gegebene Gegenstand (Art. 809 Abs. 1) in Betracht komme;

4) weil der Versicherte aus näher darzulegendem Grunde den Anspruch auf Schadensersatz, bezw. die Forderung gegen Beklagten gehabt habe und diese Rechte jetzt auf den Kläger angegebenermaßen übergegangen seien;

5) daß demnach Verurtheilung in Gemäßheit des unter 3 Bemerkten beantragt werde.

II. Bei einer Klage auf eine Anerkennungsurkunde u. s. w. ist hervorzuheben:

1) die Activlegitimation des Klägers als Versicherers;

2) die Passivlegitimation des Beklagten als Versicherten;

3) der in Betracht kommende Gegenstand, nämlich die Ertheilung einer beglaubigten Anerkennungsurkunde über den Eintritt des Versicherers in die Rechte des Versicherten gegen den Dritten auf Kosten des ersteren, bezw. die Ertheilung einer beglaubigten Anerkennungsurkunde (Abandonreverses) über den nach Art. 872 durch die Abandonerklärung erfolgten Uebergang der Rechte des Versicherten in Ansehung des abandonnirten Gegenstandes auf den Kläger auf Kosten desselben und die Auslieferung der auf die abandonnirten Gegenstände sich beziehenden, näher zu bezeichnenden Urkunden;

4) der Grund, welcher darin besteht, daß der Kläger seine Verpflichtungen zur Vergütung eines Schadens des Beklagten, dessen Erstattung letzterer von einem Dritten aus näher anzugebendem Grunde zu fordern befugt sei, erfüllt, bezw. daß Beklagter eine Abandonerklärung vorgenommen habe und die Urkunden besitze;

5) der den Angaben zu 3 entsprechende Antrag.

III. Im Fall einer Klage des Versicherers gegen den Versicherten wegen Beeinträchtigung der Rechte des ersteren nach Art. 808 ist der Gegenstand der Klage genau anzugeben. Dieser kann sein: ein Verbot von Beeinträchtigungen und Ersatz eines zu specificirenden Schadens.[1] Der Grund der Klage ist, daß Kläger die im Art. 808 Abs. 1 und 2 bezeichneten Rechte erworben und daß Beklagter durch eine Handlung diese Rechte beeinträchtigt habe oder Gefahr vorliege, er werde sie beeinträchtigen und deshalb schon ein Verbot als gerechtfertigt erscheine.

---

[1] Gegen eine Hauptintervention wäre unter Umständen auch nichts einzuwenden. C. P. O. §. 61. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 61 unter 2.

§. 231.

d. Die Klage auf Anfechtung der Dispache.[1]

H. G. B. Art. 839 und 841.

Die Klage des Versicherers wegen Anfechtung der Dispache muß Folgendes angeben:

1) Die Activlegitimation des Klägers, die durch die Darlegung eines rechtlichen Interesses zu begründen ist.

2) Die Passivlegitimation des Beklagten. Dies ist der Versicherte. Es kann auch ein Dritter sein, jedoch hat eine Klage gegen diesen nichts weiter mit dem Versicherungsvertrage zu thun, als daß nach Art. 841 Abs. 2 derselbe die Veranlassung zu einer Abtretung der Ansprüche gegen den Dritten von Seiten des Versicherten an den Versicherer gegeben haben kann.

3) Den Gegenstand. Dieser besteht in der Anfechtung der Dispache. In welcher Richtung hin die Anfechtung geschehe, ist näher darzulegen, unter Angabe der dabei in Betracht kommenden Summen.

4) Den Grund. Dieser besteht u. A. darin:

a) daß die Dispache nicht am gehörigen Ort im Inlande oder im Auslande errichtet worden sei; oder

b) daß sie nicht im Einklange mit dem am Ort der Aufmachung in Ansehung der zu beobachtenden wesentlichen Förmlichkeiten geltenden Recht aufgemacht worden; oder

c) daß die Dispache namentlich nicht von einer durch Gesetz oder Gebrauch dazu berufenen Person aufgemacht sei; oder

d) daß eine Nichtübereinstimmung mit dem am Ort der Aufmachung geltenden Recht, eine dadurch bewirkte Benachtheilung des Versicherten, mag sein eigener Schaden zu gering oder sein Beitrag zu fremdem Schaden zu hoch berechnet sein, und ein Verschulden dieser Benachtheiligung durch mangelhafte Wahrnehmung seiner Rechte Seitens des Versicherten vorliege; oder

e) daß ein von letzterem, der zugleich Beklagter sein muß, selbst erlittener Schaden, für welchen ihm nach dem am Ort der Aufmachung der Dispache geltenden Rechte eine Vergütung nicht gebührt hätte, gleichwohl als große Haverei behandelt worden sei; oder

f) daß der Dispacheur sich eines Dolus schuldig gemacht habe.

5) Den Antrag. Dieser kann nach Verschiedenheit der Fälle darauf gehen, daß die Dispache als ganz oder zum Theil wirkungslos an-

---

[1] Vgl. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 9.

erkannt werde und Beklagter Nichts oder weniger beanspruchen könne oder anderweitig Entschädigung zu leisten oder das aus entschuldbarem Irrthum indebite Gezahlte zu restituiren habe.

§. 232.

e. Die Klage gegen den Versicherten auf Erstattung der Versicherungssumme im Fall des H. G. B. Art. 869.

Zur Begründung der vorstehenden Klage (einer Klage aus dem Versicherungsvertrage, nicht einer condictio causa data causa non secuta [1]) ist hervorzuheben:

1) daß Kläger als Versicherer activ,

2) Beklagter als Versicherter passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Erstattung der Versicherungssumme, gegen Verzicht des Klägers auf die in Folge Zahlung der Versicherungssumme nach Art. 863 ihm zustehenden Rechte, unter Abzug eines etwa erlittenen Partialschadens, handle;

4) daß die Klage aus dem Grunde gerechtfertigt sei, weil, obschon ungeachtet der Verschollenheit des versicherten Schiffs die Abandonfrist versäumt sei, der Beklagte doch den Ersatz eines Totalschadens gefordert und die Versicherungssumme erhalten habe, dann aber die versicherte Sache wieder zum Vorschein gekommen sei und sich dabei ergeben habe, daß ein Totalverlust [2] nicht vorliege;

5) daß demnach, wie unter 3 angegeben, beantragt werde.

§. 233.

f. Die Klage auf einen Theil der Fracht in Folge Abandonnirung des Schiffs.

H. G. B. Art. 872 Abs. 3 und 4.

Die Begründung der Klage erfordert die Behauptung, daß

1) Kläger als Versicherer activ,

2) Beklagter als Versicherter und Empfänger der Fracht oder als Befrachter oder Ladungsempfänger und Schuldner der Fracht passiv legitimirt seien;

---

[1] Vgl. oben §. 114 Note 4.

[2] Ein Totalverlust des Schiffs wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß einzelne Theile des Wracks oder des Inventars gerettet sind. H. G. B. Art. 858 a. E.

3) die dem beklagten Versicherten gezahlte, bezw. die dem Betrage nach zu berechnende, nach der Abandonerklärung verdiente, vom beklagten Befrachter oder Ladungsempfänger zu zahlende Nettofracht beansprucht werde;

4) weil der Versicherungsvertrag geschlossen, ein Unfall sich auf der Reise zugetragen, das versicherte Schiff abandonnirt, die beanspruchte Nettofracht für die Reise, auf welcher der Unfall sich zugetragen, erst nach der Abandonerklärung verdient sei, der verlangte Betrag sich nach den für die Ermittelung der Distanzfracht geltenden Grundsätzen und nach den von der Bruttofracht zu machenden Abzügen ergebe; bei einer Klage gegen Befrachter u. s. w. auch Kläger als Versicherer seine Verpflichtungen dem Versicherten gegenüber erfüllt habe[1];

5) und daß demnach um Verurtheilung in Gemäßheit des zu Ziffer 3 Bemerkten gebeten werde.

B. Klagen des Versicherten.

§. 234.

a. Die Klage auf Zahlung des Schadens bis auf Höhe der Versicherungssumme.

H. G. B. Art. 886—896.

Bei dieser und den folgenden Klagen des Versicherten wird er behaupten müssen, daß er die ausgestellte Police besitze, selbige auch beizubringen haben.[1]

Die Begründung dieser Klage ist mit manchen Schwierigkeiten verbunden. Es ist zu dem Zwecke Folgendes hervorzuheben.

1) In Betreff der Activlegitimation des Versicherten ist zu bemerken, daß bei der Versicherung für eigene Rechnung entweder Kläger für eigene Rechnung[2] oder ein Vertreter (Bevollmächtigter, Geschäftsführer ohne Auftrag oder sonstiger Vertreter) in des Klägers Namen die Versicherung geschlossen[3]; und bei der Versicherung für fremde Rechnung

---

[1] H. G. B. Art. 808 Abs. 1.

[1] H. G. B. Art. 892. Wenn Lewis a. a. O. zu Art. 892 diesen Artikel auf die Versicherung für fremde Rechnung beschränkt, so stehen dem entgegen die klaren Worte des Art. 892; die Natur der Sache, da cedirt und, wenn die Police an Ordre lautet, auch indossirt sein kann; auch Art. 894 Abs. 2.

[2] H. G. B. Art. 785.

[3] H. G. B. Art. 787.

entweder dem Versicherungsnehmer vom Kläger zum Abschlusse des Vertrages Auftrag ertheilt oder die Versicherung in seinem Interesse genommen sei. Im letzten Falle muß der Versicherte die Umstände darthun, aus welchen hervorgeht, daß die Versicherung in seinem Interesse genommen ist.[4]

2) Zur Passivlegitimation des beklagten Versicherers ist nur zu behaupten, daß er den Versicherungsvertrag geschlossen.

3) Der Gegenstand ist genau anzugeben und erforderlichenfalls zu specificiren. Es kann die ganze Versicherungssumme oder blos ein Theil derselben (und zwar bei partiellem Schaden nach Verhältniß der Versicherungssumme zum Versicherungswerth — H. G. B. Art. 796 —; bei einem Totalverluste im Fall der vom Kläger selbst angegebenen Herabsetzung der Taxe nach Verhältniß der herabgesetzten Taxe zur vereinbarten) Gegenstand der Klage sein.[5]

4) Der Grund der Klage ist darzulegen.

Dieser besteht zunächst in der Abschließung des Versicherungsvertrages, welcher genau anzugeben ist.

„Der Versicherte hat, um den Ersatz eines Schadens fordern zu können, eine Schadensberechnung dem Versicherer mitzutheilen.

Er muß zugleich durch genügende Beläge dem Versicherer darthun:

1) sein Interesse[6];

2) daß der versicherte Gegenstand den Gefahren der See ausgesetzt geworden ist" (was im weitesten Sinne aufgefaßt werden muß, so daß z. B. auch ein Liegen des Schiffs im Heimathshafen genügt);

„3) den Unfall, worauf der Anspruch gestützt wird" (welcher nicht in einer verspäteten Ankunft des Schiffs bestehen kann);

---

[4] H. G. B. Art. 887.

[5] Bei einer Rückversicherung würde, wenn der Rückversicherte in Concurs geräth, der Regel nach die volle Rückversicherungssumme, dagegen nicht etwa nur die dem Erstversicherten zufallende Concursdividende zu zahlen sein. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 31.

[6] Das Interesse des Klägers muß zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrages ein möglicherweise bedrohtes, zur Zeit des Unfalls ein wirklich verletztes Geldinteresse sein. Busch a. a. O. 32. B. S. 298 und 299. „Das formelle (nackte) Eigenthum ohne alle materiellen Rechte" des Versicherten genügt nicht. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 4. — Die Wettassecuranzen sind als Versicherungen wegen mangelnden Interesses nichtig. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 55. Als Spiele sind sie übrigens wegen deren Unerlaubtheit auch nicht gültig. Ausnahmsweise könnte eine gültige eigentliche Wette vorliegen. — Eine Ueberversicherung hat nur rechtliche Geltung, soweit die Versicherungssumme den Versicherungswerth nicht übersteigt.
H. G. B. Art. 790.

„4) den Schaden und dessen Umfang.“ [7]

„Als genügende Beläge sind anzusehen im Allgemeinen solche Beläge, welche im Handelsverkehr namentlich wegen der Schwierigkeit der Beschaffung anderer Beweise nicht beanstandet zu werden pflegen, insbesondere

1) zum Nachweise des Interesse:
bei der Versicherung des Schiffs die üblichen Eigenthumsurkunden;
bei der Versicherung von Gütern die Fakturen und Konnossemente, insofern nach Inhalt derselben der Versicherte zur Verfügung über die Güter befugt erscheint;
bei der Versicherung der Fracht die Chartepartien und Konnossemente;
2) zum Nachweise der Verladung der Güter die Konnossemente;
3) zum Nachweise des Unfalls die Verklarung und das Schiffsjournal (Artikel 488. und 494.), in Kondemnationsfällen das Erkenntniß des Prisengerichts, in Verschollenheitsfällen glaubhafte Bescheinigungen über die Zeit, in welcher das Schiff den Abgangshafen verlassen hat und über die Nichtankunft desselben im Bestimmungshafen während der Verschollenheitsfrist;
4) zum Nachweise des Schadens und dessen Umfanges die den Gesetzen oder Gebräuchen des Orts der Schadensermittelung entsprechenden Besichtigungs-, Abschätzungs- und Versteigerungsurkunden, sowie die Kostenanschläge der Sachverständigen, ferner die quittirten Rechnungen über die ausgeführten Reparaturen und andere Quittungen über geleistete Zahlungen; in Ansehung eines partiellen Schadens am Schiff (Artikel 876. 877.) genügen jedoch die Besichtigungs- und Abschätzungsurkunden, sowie die Kostenanschläge nur dann, wenn die etwaigen Schäden, welche in Abnutzung, Alter, Fäulniß oder Wurmfraß sich gründen, gehörig ausgeschieden sind, und wenn zugleich, soweit es ausführbar war, solche Sachverständige zugezogen worden sind, welche entweder ein- für allemal obrigkeitlich bestellt oder von dem Ortsgericht oder dem Landeskonsul und in deren Ermangelung oder, sofern deren Mitwirkung sich nicht erlangen ließe, von einer anderen Behörde besonders ernannt waren.“ [8]

---

[7] H. G. B. Art. 886. Geschieht die vorgeschriebene Mittheilung der Schadensberechnung erst durch die Klage, so würde die Einrede der mangelnden Nativität nicht begründet sein; aber es würden dem Kläger unter Umständen Proceßkosten zur Last gelegt werden können. Vgl. C. P. P. §. 89.

[8] H. G. A. Art. 888.

Die angeführten Art. 488 [9] und 494 [10] des H. G. B. sind durch das Einführungsgesetz zur Civilproceßordnung §. 13 Ziffer 2 aufgehoben; desgleichen der Art. 889 des H. G. B. Dieser lautet:

„Auch im Falle eines Rechtsstreits ist den im Artikel 888. bezeichneten Urkunden in der Regel und, insofern nicht besondere Umstände Bedenken erregen, Beweiskraft beizulegen."

Es hat die Aufhebung der Art. 488, 494 und 889 nur darin ihren Grund, weil nach der C. P. O. §. 259 Abs. 2 das Gericht an gesetzliche Beweisregeln nur in den durch dieselbe bezeichneten Fällen gebunden ist. Im Uebrigen bleibt Art. 888 bestehen, welcher auch nicht aufgehoben ist. Der Richter hat nun aber in Betreff aller im Art. 888 bezeichneten Urkunden, mit Einschluß des Journals und der Verklarung, nach freiem Ermessen zu prüfen, ob und welche Beweiskraft ihnen beizulegen sei.

„Eine Vereinbarung, wodurch der Versicherte von dem Nachweise der im Artikel 886. erwähnten Umstände oder eines Theiles derselben befreit wird, ist gültig, jedoch unbeschadet des Rechts des Versicherers, das Gegentheil zu beweisen.

Die bei der Versicherung von Gütern getroffene Vereinbarung, daß das Konnossement nicht zu produziren sei, befreit nur von dem Nachweise der Verladung." [11]

Bei der Klage sind die im Art. 886 erwähnten Beläge [12] im Allgemeinen wesentlich. Daß sie vor der Klagerhebung dem Beklagten mitgetheilt sind, befreit nicht von der Nothwendigkeit, sie ebenfalls der Klage hinzuzufügen, weil auch bei dieser der Vorschrift des durch die C. P. O. und das E. G. zu derselben nicht aufgehobenen Art. 886 Genüge geleistet

---

[9] „Das Journal, wenn es ordnungsmäßig geführt und in der Form unverdächtig ist, liefert für die Begebenheiten der Reise, soweit darüber weder eine Verklarung erforderlich (Artikel 490.) noch die Beibringung anderer Beläge gebräuchlich ist, in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder andere Beweismittel ergänzt werden kann. Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalt des Journals ein größeres oder geringeres Maaß der Beweiskraft beizulegen sei."

[10] „Die in Gemäßheit Artikel 492. und 493. aufgenommene Verklarung liefert vollen Beweis der dadurch beurkundeten Begebenheiten der Reise.

Jedem Betheiligten bleibt im Prozesse der Gegenbeweis vorbehalten."

[11] H. G. B. Art. 890.

[12] Dabei ist der Ausdruck „genügende Beläge" zu beachten. Ob die beigebrachten genügend seien, ist facti quaestio; auch mit Rücksicht auf den Satz: „Impossibilium nulla obligatio est" zu prüfen. Die Ansicht, daß die Beibringung der Beläge für die Klage in einem noch weiteren Maße nicht wesentlich sei, kann ich nicht für richtig halten. A. M. Lewis a. a. O. zu Art. 886.

werden muß. Nur die Behauptung, daß Kläger durch Uebereinkunft von der Verpflichtung zur Mittheilung der Beläge befreit sei, entbindet nach dem gleichfalls nicht aufgehobenen Art. 890 von jener. Dabei befreit die bei[13] der Versicherung von Gütern getroffene Vereinbarung, daß das Connossement nicht zu produciren sei, nur von dem Nachweise der Verladung. Ich nehme nun aber an, daß eine nachträgliche Mittheilung der Beläge nicht eine unzulässige Aenderung der Klage sei; dagegen allerdings, daß bei einer Klage ohne Beläge Beklagter im Fall seines Ungehorsams nicht verurtheilt werden könnte.

Damit der Grund der Klage genügend erhelle, sind das Interesse, die Möglichkeit der Seegefahr für den versicherten Gegenstand, der Unfall und der Schaden an sich und in Ansehung ihres Umfangs selbstverständlich stets, auch wenn wegen einer Uebereinkunft Beläge nicht beigebracht zu werden brauchen, thatsächlich ausreichend[14] darzulegen.

In dieser Hinsicht wird insbesondere auf das H. G. B. Art. 824 — 885 verwiesen.

5) Der Antrag ergibt sich aus dem Vorstehenden, namentlich den Bemerkungen zu 3.

Beklagter kann u. A. gegen die Klage einwenden, daß eine Police ertheilt, aber vom Kläger nicht beigebracht sei.[15] Wenn Kläger die Ertheilung einer Police bestreitet, muß Beklagter selbige beweisen. Räumt jener die Ertheilung ein oder wird sie bewiesen, so könnte Kläger nachträglich die Police beibringen und, sofern er nach deren Inhalt legitimirt erscheint, die Klage aufrecht erhalten.

§. 235.

b. Die Klage auf Tragung von verschiedenen Nebenkosten.

H. G. B. Art. 832, 838, 874, 875, 878, 879.
Vgl. auch Art. 818, 820, 833 und 877.

In der Klage ist zu deren Begründung Folgendes hervorzuheben:

1) die Activlegitimation des Klägers als des Versicherten;

2) die Passivlegitimation des Beklagten als des Versicherers;

---

[13] Das Wort „bei" hat die Bedeutung von „in Ansehung", indem es unerheblich ist, ob bei Abschluß des Versicherungsvertrages oder später, oder auch unter Umständen früher, die Vereinbarung getroffen worden.

[14] Eine Anerkennung befreit aber oft von der Verpflichtung zur speciellen Substantiirung.

[15] H. G. B. Art. 892.

3) der beanspruchte Gegenstand, nämlich
   a) Kosten der früheren Löschung, der einstweiligen Lagerung und Mehrkosten der Weiterbeförderung (Art. 832),
   b) Beiträge zur großen Haverei, Aufopferungen, Rettungs- und Ermittelungskosten (Art. 838),
   c) Rettungs-, Fürsorge-, Anzeige- und Hülfskosten (Art. 874),
   d) Abandonreverskosten (Art. 875),
   e) Reparaturkosten (Art. 878),
   f) Besichtigungs-, Abschätzungs- und Verkaufskosten (Art. 879),

welche Kosten, wenn nicht etwa wegen eines rechtlichen Interesses an einer alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung blos die Frage, ob Beklagter schuldig sei, zu entscheiden ist, im Einzelnen genau zu specificiren sind;

4) der Grund der Klage. Dieser besteht im Allgemeinen darin, daß der Versicherungsvertrag geschlossen sei, das Interesse des Klägers vorliege, der versicherte Gegenstand den Gefahren der See ausgesetzt worden, der Unfall eingetreten und die Kosten dem Kläger erwachsen, sie auch angemessen seien, mag er sie schon bezahlt haben oder noch schuldig sein. Insbesondere ist anzugeben:

zu 3a) daß „nach dem Beginn der Gefahr die versicherte Reise freiwillig oder gezwungen aufgegeben" sei, bezw. die Güter demnach „in anderer Art als mit dem zum Transport bestimmten Schiff" (zu Wasser oder zu Lande) „nach dem Bestimmungshafen weiter befördert"; und in Folge dessen durch frühere Löschung oder durch einstweilige Lagerung oder durch die Weiterbeförderung die eingeklagten Kosten, bezw. Mehrkosten entstanden seien;

zu 3b) daß Kläger die fraglichen Beiträge habe leisten oder selbst wegen eines von ihm erlittenen Schadens tragen müssen, mag es sich dabei um eine große Haverei oder einen nach den Art. 637 und 734 gleich geachteten Fall handeln;

bezw. daß Kläger die fraglichen Aufopferungen habe machen müssen und daß diese zur großen Haverei gehören würden, „wenn das Schiff Güter und zwar andere als Güter des Rheders an Bord gehabt hätte";

bezw. daß die fraglichen Kosten zur Rettung oder zur Abwendung größerer Nachtheile nothwendig oder zweckmäßig aufgewendet seien;

bezw. daß die fraglichen Kosten zur Ermittelung und Feststellung des dem Versicherer zur Last fallenden Schadens erforderlich waren, „insbesondere die Kosten der Besichtigung, der Abschätzung, des Verkaufs und der Anfertigung der Dispache";

zu 3c) daß Kläger „nach der Abandonerklärung für die Rettung der versicherten Sachen und für die Abwendung größerer Nachtheile" so

lange, bis der Versicherte selbst dazu im Stande gewesen[1], gesorgt habe; bezw. „ein für verloren erachteter Gegenstand wieder zum Vorschein gekommen“ sei und er dies dem Versicherer sofort angezeigt, bezw. „ihm auf Verlangen die zur Erlangung oder Verwerthung des Gegenstandes erforderliche Hülfe“ geleistet habe und dadurch die Kosten entstanden seien;

zu 3d) daß ein Abandon vorliege, der Versicherer die Rechtsmäßigkeit desselben anerkannt habe, der Versicherte demnach „auf Verlangen und auf Kosten desselben über den nach Artikel 872. durch die Abandonerklärung eingetretenen Uebergang der Rechte eine beglaubigte Anerkennungsurkunde (Abandonrevers)“ habe „ertheilen und die auf die abandonnirten Gegenstände sich beziehenden Urkunden“ habe ausliefern müssen und daß dadurch die eingeklagten Kosten erwachsen seien;

zu 3e) daß, nachdem die Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit des Schiffs (Art. 444) auf dem im Art. 499 vorgeschriebenen Wege festgestellt worden, der Versicherte das Schiff oder das Wrack zum öffentlichen Verkaufe gebracht habe; daß freilich vorher eine Reparatur begonnen sei, aber erst später erhebliche Schäden entdeckt worden, welche dem Versicherten ohne sein Verschulden unbekannt geblieben wären; daß die eingeklagten Kosten die aufgewendeten Reparaturkosten seien und daß durch die Reparatur bei dem Verkaufe des Schiffs ein höherer[2] Erlös erzielt worden sei;

zu 3f) daß, weil die Güter beschädigt in dem Bestimmungshafen angekommen seien, durch Vergleichung des Bruttowerthes, den sie daselbst im beschädigten Zustande wirklich gehabt, mit dem Bruttowerthe, welchen sie dort im unbeschädigten Zustande gehabt haben würden, zu ermitteln gewesen sei, wie viele Procente des Werthes der Güter verloren seien; daß die Ermittelung des Werthes, welchen die Güter im beschädigten Zustande gehabt, durch öffentlichen Verkauf oder wegen Einwilligung des Versicherers durch Abschätzung habe erfolgen müssen; daß die Ermittelung des Werthes, welchen die Güter im unbeschädigten Zustande am Bestimmungsorte der Güter bei Beginn der Löschung des Schiffs oder, da eine Entlöschung des Schiffs an diesem Orte nicht erfolgt sei, bei seiner Ankunft daselbst gehabt haben würden, in Ermange-

---

[1] War dies der Fall und hat der Versicherte doch noch ohne Auftrag gehandelt, so kommen die allgemeinen Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung.

[2] Der Sinn ist nicht der, daß der Erlös überhaupt nur höher sein müsse, als er ohne Reparatur gewesen sein würde; sondern der, daß mindestens der eingeklagte oder zuzuerkennende Betrag der Reparaturkosten mehr erzielt sein müsse. Bei einem Mehrerlöse von 100 Mark würden die 500 Mark betragenden Reparaturkosten also nur bis zu 100 Mark hin verlangt werden können.

lung eines Marktpreises oder weil über denselben oder über dessen Anwendung, insbesondere mit Rücksicht auf die Qualität der Güter, Zweifel bestanden hätten, durch Sachverständige habe erfolgen müssen und daß dadurch die beanspruchten Besichtigungs-, Abschätzungs- und Verkaufskosten verursacht seien.

5) In Gemäßheit des Art. 886 muß mit der Klage auch zugleich durch genügende Beläge

a) das Interesse des Versicherten,

b) daß der versicherte Gegenstand den Gefahren der See ausgesetzt worden sei,

c) der Unfall, worauf der Anspruch gestützt wird,

d) der Schaden (hier die Kosten) und dessen Umfang,

dargethan werden.

Es liegt kein Grund vor, den Art. 886 nur auf einen anderen Schaden, als den Kostenschaden, zu beziehen. Auch spricht Art. 888 Ziffer 4 für unsere Ansicht.

6) Der Antrag ist der gewöhnliche. Er ist also nur auf Befreiung zu richten, wenn Kläger die Kosten selbst noch schuldet.

Vgl. im Uebrigen Art. 844—851.

§. 236.

c. Die subsidiäre Klage gegen den Versicherer wegen nicht exigibler Beiträge Dritter zur großen Haverei oder zu einem gleich zu beurtheilenden Schaden.

H. G. B. Art. 842 und 843.

Zur Begründung ist hervorzuheben:

1) daß Kläger als Versicherter activ,

2) daß Beklagter als Versicherer passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß der dem Versicherten von den Havereiinteressenten zu entrichtende Beitrag als Gegenstand in Betracht komme;

4) daß Beklagter deshalb hafte, weil es sich um einen von dem Versicherten erlittenen, zur großen Haverei oder nach den Grundsätzen der letzteren zu beurtheilenden Schaden handle, die Einleitung des die Feststellung und Vertheilung des Schadens bezweckenden ordnungsmäßigen Verfahrens stattgefunden habe[1], aber der Rechtsweg gegen den Beitrags-

---

[1] „Ist die Einleitung des Verfahrens ohne Verschulden des Versicherten unterblieben, so kann derselbe den Versicherer wegen des ganzen Schadens nach Maaßgabe des Versicherungsvertrages unmittelbar in Anspruch nehmen." H. G. B. Art. 843.

pflichtigen nicht füglich vom Kläger betreten werden konnte oder er im Rechtswege die ihm gebührende Vergütung nicht erhalten habe;

5) daß demnach um Verurtheilung zur Zahlung des bezeichneten Beitrages gebeten werde.

Im Uebrigen gilt von dieser Klage im Allgemeinen auch das, was zu B a und b in den §§. 234 und 235 hervorgehoben ist; insbesondere werden in Gemäßheit des Art. 886 die Beläge zu den dort aufgeführten Punkten sofort anzulegen sein.

Auch wird Erstattung der Kosten des etwaigen Rechtsweges verlangt werden können.

§. 237.

d. Die Klage gegen den Versicherer auf vorläufige Zahlung eines Theils des Schadens und auf Vorschießung von Ausgaben und Kosten.

H. G. B. Art. 874, 897 und 898.

Die vorliegende Klage hat insofern etwas Unbestimmtes, als der beanspruchte Gegenstand sich zur Zeit der Klage noch nicht völlig genau angeben läßt. Ist daher zu wenig beansprucht, so kann später noch ein Mehrbetrag verlangt werden. War zu viel geleistet, so ist der Ueberschuß zurück zu zahlen.

Hervorzuheben ist:

1) die Activlegitimation des Klägers als Versicherten;

2) die Passivlegitimation des Beklagten als Versicherers;

3) der beanspruchte Gegenstand, nämlich:

a) die dem Versicherer mindestens zur Last fallende, durch ungefähre Ermittelung festgestellte Schadenssumme (Art. 897), oder

b) ein angemessener Kostenvorschuß (Art. 874), oder

c) zwei Drittel des dem Versicherer zur Last fallenden Betrages der für die Rettung, Erhaltung oder Wiederherstellung der versicherten Sache in Havereifällen nöthigen Ausgaben (Art. 898 Ziffer 1), oder

d) der volle Betrag der dem Versicherer bei Aufbringung des Schiffs oder der Güter zur Last fallenden Kosten des Reclameprocesses (Art. 898 Ziffer 2);

4) der Grund. Dieser besteht darin, daß der Versicherungsvertrag geschlossen sei, Klägers Interesse vorliege, der versicherte Gegenstand den Gefahren der See ausgesetzt worden sei, der Unfall, worauf der Anspruch gestützt werde, sich ereignet habe und mindestens der vorläufig beanspruchte Schaden, bezw. die vorzuschießenden Ausgaben und Kosten entstanden oder jetzt zu zahlen seien, solches Alles in Gemäßheit des

H. G. B. Art. 886 auch zugleich durch genügende Beläge dem Versicherer dargethan werde; überdies im Genaueren darin:

a) im Fall zu 3 a:

daß nach Ablauf zweier Monate seit der Anzeige des Unfalls die Schadensberechnung (Art. 886) ohne Verschulden des Versicherten noch nicht vorgelegt, wohl aber durch ungefähre Ermittelung die beanspruchte Summe als eine dem Versicherer mindestens zur Last fallende festgestellt sei; eventuell für den Fall einer bedungenen Zahlungsfrist, daß die für die Zahlung der Versicherungsgelder bedungene Frist abgelaufen sei, wobei darauf hinzuweisen ist, daß, wenn die Zahlungsfrist mit dem Zeitpunkt der Mittheilung der Schadensberechnung an den Versicherer beginnen soll, der Anfang des Laufs dieser Frist von der vorläufigen Ermittelung zu rechnen sei;

b) im Fall zu 3 b:

daß der Versicherte verpflichtet sei, auch nach der erfolgten Abandonerklärung für die Rettung der versicherten Sachen und für die Abwendung größerer Nachtheile nach Vorschrift des Art. 823, und zwar so lange zu sorgen, bis der Versicherer selbst dazu im Stande sei, letzterer aber dies noch nicht könne; daß ferner ein für verloren erachteter Gegenstand zum Vorschein gekommen sei und der Versicherer verlangt habe, daß Kläger ihm die zur Erlangung der Verwerthung des Gegenstandes erforderliche Hülfe leiste; daß auch Kläger ein rechtliches Interesse daran habe, daß die Kosten aufgewendet würden[1]; und daß der verlangte Betrag aus darzulegenden Gründen angemessen sei;

c) im Fall zu 3 c:

daß ein Havereifall vorliege, für die Rettung, Erhaltung oder Wiederherstellung der versicherten Sache Ausgaben nöthig seien, daß diese nach einer festgestellten Berechnung die verlangte Summe, höchstens $^2/_3$ des dem Beklagten zur Last fallenden Betrages[2], ergeben;

d) im Fall zu 3 d:

daß das Schiff oder die Güter aufgebracht seien, ein Reclameproceß nothwendig sei, die verlangten Kosten dem Beklagten zur Last

---

[1] Wenn nicht auch Kläger ein solches rechtliches Interesse hat, sondern z. B. blos Beklagter, so wird gegen ihn nicht geklagt werden können. Den im Art. 874 dem Kläger auferlegten Pflichten wird dadurch Genüge geleistet, daß der Versicherte den Versicherer außergerichtlich vergeblich um einen Vorschuß angegangen hat. Die l. 12 §. 17 D. mand. v. contra (17; 1), welche dem Mandatar gegen den Mandanten eine Klage auf Leistung eines Vorschusses gibt, bezieht sich auf einen Fall, in welchem es sich nicht blos oder nicht mehr blos um das Interesse des Mandanten handelt.

[2] Nicht $^2/_3$ der Versicherungssumme oder eines Theils derselben, sondern der nöthigen Ausgaben kommen in Betracht.

fielen, sie auch erforderlich geworden und demnach vom Beklagten vorzuschießen seien.

5) Der Antrag, welcher auf Verurtheilung zur vorläufigen Zahlung, bezw. Vorschießung der unter 3 bezeichneten Beträge zu richten ist.

§. 238.

e. Die Klage auf Rückzahlung der Prämie.

Bezüglich dieser Klage kommen namentlich die Art. 899—903 und 793 des H. G. B. in Betracht.

Die Klagbegründung erfordert Folgendes:

1) die Angabe der Activlegitimation des Klägers, d. i. des Versicherten;

2) die Angabe der Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Versicherers;

3) die Angabe des Gegenstandes, d. i. Zahlung

a) der ganzen Prämie oder eines verhältnißmäßigen Theiles derselben, unter Abzug der Ristornogebühr, oder

b) der ganzen an den Beklagten oder an einen anderen Versicherer gezahlten Prämie ohne Abzug, im letzteren Fall auch nebst etwaigen sonstigen Kosten;

4) die Angabe des Grundes der Klage. Dieser besteht darin, daß zwischen den Parteien der Versicherungsvertrag geschlossen und entweder

a) die Prämie bezahlt sei, aber vor Beginn des Laufens der Gefahr die Unternehmung, auf welche sich die Versicherung beziehe, ganz oder zum Theil von dem Versicherten aufgegeben oder ohne sein Zuthun die versicherte Sache ganz oder ein Theil derselben der von dem Versicherer übernommenen Gefahr nicht ausgesetzt und die zurückverlangte Summe deshalb richtig sei, weil, wenn von der ganzen Prämie oder, falls ein Theil der Sachen der Gefahr nicht ausgesetzt worden, von dem verhältnißmäßigen Theil der Prämie die der Höhe nach vereinbarte, eventuell am Orte der Versicherung übliche, höchst eventuell $1/2$ % der Versicherungssumme oder der Prämie, falls diese nicht 1 % erreicht, betragende Ristornogebühr gekürzt werde, die verlangte Summe herauskomme;

oder die Prämie bezahlt sei, aber vor Beginn des Laufens der Gefahr die Versicherung wegen Mangels des versicherten Interesses oder wegen Ueberversicherung oder wegen Doppelversicherung unwirksam geworden sei, der Versicherungsnehmer auch bei dem Abschlusse des Vertrages und im Fall der Versicherung für fremde Rechnung auch der Versicherte bei der Ertheilung des Auftrages in gutem Glauben sich

befunden habe und die zurückverlangte Summe deshalb richtig sei, weil, wenn von der ganzen Prämie oder, falls nur theilweise die Versicherung unwirksam geworden, von dem verhältnißmäßigen Theil der Prämie die der Höhe nach vereinbarte, eventuell am Orte der Versicherung übliche, höchst eventuell $1/2\,\%$ der Versicherungssumme oder der Prämie, falls diese nicht $1\,\%$ erreicht, betragende Ristornogebühr gekürzt werde, die verlangte Summe herauskomme; oder

b) der Versicherer zahlungsunfähig[1] geworden und deshalb der Versicherte von dem Vertrage zurückgetreten sei, somit aber die ganze an den Versicherer gezahlte Prämie zurückfordern könne,

oder der Versicherer zahlungsunfähig geworden sei und deshalb der Versicherte auf Kosten des Versicherers eine neue Versicherung genommen habe, dadurch aber die verlangte Summe (die an den letzten Versicherer gezahlte oder zu zahlende Prämie nebst sonstigen Unkosten, z. B. an Porto) entstanden sei, die spätere Versicherung auch rechtliche Geltung habe, weil bei dem Abschlusse des späteren Vertrages mit dem Versicherer vereinbart worden, daß demselben die Rechte aus der früheren Versicherung abzutreten seien oder die spätere Versicherung unter der Bedingung geschlossen worden, daß der Versicherer nur insoweit hafte, als der Versicherte sich an dem früheren Versicherer wegen Zahlungsunfähigkeit desselben nicht zu erholen vermöge;

5) die Stellung des Antrages, welcher auf Verurtheilung zur Zahlung des unter 3 bezeichneten Betrages zu richten ist. Wenn es sich um eine vom Kläger zu zahlende Prämie u. s. w. handelt, müßte auf Verurtheilung zur Befreiung angetragen werden.

§. 239.

f. Die Klage auf Anfechtung der Dispache.[1]

H. G. B. Art. 839 und 841.

Zur Begründung der Klage ist namentlich Folgendes vorzubringen:

1) die Activlegitimation des Klägers als Versicherten;

2) die Passivlegitimation des Beklagten als Versicherers;

3) der Gegenstand, mag die Dispache lediglich für ungültig oder unwirksam erklärt oder zugleich eine andere Schadensberechnung an die Stelle gesetzt werden sollen;

---

[1] Der Umstand, daß der Versicherer in Liquidation eingetreten ist, berechtigt den Versicherten an sich noch nicht, vom Versicherungsvertrage, wenn dieser auch auf längere Zeit geschlossen sein sollte, einseitig zurückzutreten. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 2.

[1] Vgl. oben §. 231.

4) der Grund der Klage. Dieser besteht darin, daß der Versicherungsvertrag geschlossen, daß Kläger der Interessent, der versicherte Gegenstand den Gefahren der See ausgesetzt, der Unfall eingetreten, dadurch der Schaden und dessen darzulegender Umfang verursacht sei, Kläger insbesondere auch ein rechtliches Interesse habe, die Anfechtung der Dispache in einem besonderen Proceß gegen den Beklagten geltend zu machen und daß irgend ein Grund vorliege, die Dispache für ungültig oder unwirksam zu erklären. Dieser Grund ist thatsächlich näher zu erörtern. Es muß ein nach den Gesetzen statthafter, namentlich nicht besonders verworfener Grund sein. Insbesondere ist der Versicherte, welcher einen zur großen Haverei gehörenden Schaden erlitten hat, nicht berechtigt, von dem Versicherer mehr als den Betrag zu fordern, zu welchem der Schaden in der Dispache berechnet ist. Durch den Nachweis, daß die Berechnung eine verkehrte sei, würde die Dispache nicht umgestoßen werden können; wohl aber durch den Nachweis, daß die Dispache nicht am gehörigen Orte im Inlande oder im Auslande aufgemacht sei; daß sie nicht im Einklange mit dem am Orte der Aufmachung in Ansehung der zu beobachtenden wesentlichen Förmlichkeiten geltenden Recht stehe; daß die Dispache namentlich nicht von einer durch Gesetz oder Gebrauch dazu berufenen Person aufgemacht sei; daß dem Dispacheur ein Dolus zur Last falle u. d. m.

Der Versicherte kann dagegen, wenn der Schaden nach dem am Orte der Aufmachung geltenden Recht als große Haverei nicht anzusehen ist, den Ersatz des Schadens von dem Versicherer nicht aus dem Grunde fordern, weil der Schaden nach einem anderen Rechte, insbesondere nach dem Rechte des Versicherungsorts, große Haverei sei und somit auch nicht aus solchem Grunde eine Dispache anfechten.

5) Der Antrag folgt aus dem zu 3 Bemerkten.

C. Klagen des Versicherungsnehmers.

§. 240.

a. Die Klage auf Aushändigung einer Police.

Der Art. 788 des H. G. B. bestimmt darüber Folgendes:

„Der Versicherer ist verpflichtet, eine von ihm unterzeichnete schriftliche Urkunde (Polize) über den Versicherungsvertrag dem Versicherungsnehmer auf dessen Verlangen auszuhändigen."

Die Begründung der Klage erfordert folgende Angaben:

1) daß Kläger als Versicherungsnehmer activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Versicherer passiv zur Sache legitimirt sei;

3) daß es sich um Aushändigung einer von dem Beklagten unterzeichneten schriftlichen Urkunde (Police) über den Versicherungsvertrag an den Kläger handle;

4) daß Beklagter hierzu verpflichtet sei, weil zwischen den Parteien der näher, jedenfalls in seinen wesentlichen Punkten, anzugebende Versicherungsvertrag geschlossen sei und Kläger eine Police verlangt habe oder verlange[1]; weshalb

5) um Verurtheilung in Gemäßheit des zu 3 Bemerkten gebeten werde.

§. 241.

b. Sonstige Klagen.

In dieser Hinsicht kommen namentlich die Art. 891—894 des H. G. B. zur Anwendung.

Nach diesen Artikeln kommt vorzugsweise die Klage des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer auf Zahlung der Versicherungsgelder in Betracht. Dabei gilt im Allgemeinen dasselbe, was oben im §. 234 bemerkt worden ist.[1] Es muß aber, wenn die Versicherung ohne Auftrag genommen ist, der Versicherungsnehmer erklären, zur Einklagung der Versicherungsgelder die Zustimmung des Versicherten erhalten zu haben und sich auch durch eine Vollmacht zum Proceß legitimiren.

In gleicher Weise werden auch die anderen in den §§. 235—239 erwähnten Klagen vom Versicherungsnehmer angestellt werden können.

In allen diesen Fällen, also auch dann, wenn der Versicherungsnehmer der besonderen Zustimmung des Versicherten nicht bedarf, weil die Versicherung für fremde Rechnung im Auftrage des Versicherten genommen worden, ist doch der letztere als der eigentliche activ zur Sache legitimirte Kläger zu betrachten, der Versicherungsnehmer dagegen nur als der zufolge Vollmacht oder gesetzlicher Vorschrift zum Proceß legitimirte Vertreter jenes.[2] Denn wenn auch der Versicherungsnehmer stets in eigenem Namen den Vertrag schließt, so geschieht dies bei einer Versicherung für fremde Rechnung doch zu Gunsten eines Dritten. Und zwar ist

---

[1] Der Versicherungsvertrag ist auch ohne Ausstellung einer Police in Folge bloßen Consenses perfect. Pr. S. 3000. E. d. R. O. H. G. bei Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 266—276.

[1] Es ist zu beachten, daß es eine „Klage «für Rechnung wen es angeht» nicht giebt". E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 43.

[2] Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 76. Busch a. a. O. 32. B. S. 298 und 299.

letzteres nicht ein dem Versicherer fremder Umstand, sondern wird ihm stets mitgetheilt. Deshalb erscheint der Versicherungsnehmer auch nicht als Commissionär.

Die Einrede der Zahlung an den Versicherten kann durch die Replik entkräftet werden, daß Kläger als Versicherungsnehmer noch nicht befriedigte Ansprüche gegen den Versicherten in Bezug auf den Gegenstand habe, und sich noch im Besitz der Police befinde und somit jene Zahlung insoweit nicht wirksam sei, als die Befriedigung des klagenden Versicherungsnehmers erfordere. Weil bei der Versicherung für fremde Rechnung der klagende Versicherungsnehmer nur als Vertreter des activ zur Sache legitimirten Versicherten erscheint, so ist es natürlich, daß der auf Zahlung der Versicherungsgelder in Anspruch genommene Versicherer Forderungen, welche ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehen, nicht zur Compensation bringen kann.[3]

§. 242.

D. Klagen eines Dritten.

Bei den Klagen eines Dritten, also einer von Vorne herein beim Versicherungsvertrage nicht betheiligten Person, wird vor Allem die Activlegitimation des Klägers genau darzulegen sein.

Sie kann auf einer Cession von Seiten des Versicherten beruhen. Letzterer „ist befugt, nicht allein die aus einem bereits eingetretenen Unfall ihm zustehenden, sondern auch die künftigen Entschädigungsansprüche einem Dritten abzutreten".[1]

Der Versicherungsnehmer kann gleichfalls cediren.[2]

Ferner kann eine Indossation die Activlegitimation begründen. Ist eine an Ordre lautende Police ertheilt, so kann dieselbe durch Indossament übertragen werden. In Ansehung eines solchen Indossaments kommen die Vorschriften der Art. 301, 303 und 305 des H. G. B. zur Anwendung. Bei der Versicherung für fremde Rechnung ist zur Gültigkeit der ersten Uebertragung das Indossament des Versicherungsnehmers genügend.[3]

Bei einer Klage muß nun im Uebrigen auch der Indossatar sowohl,

---

[3] H. G. B. Art. 895.

[1] H. G. B. Art. 896. Eine Veräußerung des versicherten Gegenstandes kann die Uebertragung der Rechte aus dem Versicherungsvertrage an den Erwerber veranlaßt haben. H. G. B. Art. 904 und 905.

[2] H. G. B. Art. 891.

[3] H. G. B. Art. 896.

wie der Cessionar, den Vorschriften des Art. 886 genügen; und zwar haben sie das Interesse des Versicherten darzulegen und nachzuweisen, also auch die dabei im Fall einer Versicherung ohne Bezeichnung der Person des Versicherten in Betracht kommende Person anzugeben. Auch durch die Indossation kann nicht erst die Person des Versicherten geschaffen werden.[4]

§. 243.

b. S. g. benannte Realcontracte.

Die benannten Realcontracte des Römischen Rechts sind auch jetzt noch solche, weil die hauptsächlichste Verpflichtung des Empfängers in der Rückgabe besteht, diese aber erst nach Erfüllung von Seiten des Gebers entstehen kann (re contrahitur obligatio). Es ist gegenwärtig indessen auch allgemein das etwa vorhergehende s. g. pactum de mutuo dando u. s. w. als Consensualvertrag von Seiten dessen, welcher ein Interesse an der Erfüllung hat, klagbar; während nach Römischem Recht, abgesehen von einer Stipulation, einem s. g. pactum geminatum im uneigentlichen Sinne, dem s. g. pactum de pignore dando[1] u. s. w., nur eine Naturalobligation entstand.

I. Darlehnsvertrag (mutuum).

1. Im Allgemeinen.

A. Bei der Klage aus dem pactum de mutuo dando auf Erfüllung ist zur Begründung genügend die Angabe, daß Kläger mit dem

---

[4] Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 896.

[1] Das bezeichnete pactum geminatum und das pactum de pignore dando begründeten beide die actio de pecunia constituta. L. 14 §. 1 D. de pec. const. (13; 5): „Si quis constituerit se pignus daturum, quum utilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti." Durch das pactum geminatum mußte aber Erfüllung der durch das erste pactum begründeten Naturalobligation zugesagt werden. Ein bloßes mehrmaliges pactum ohne solche Beziehung genügte nicht. Es war ein pactum geminatum im eigentlichen Sinne, aber kein Constitutum. Vgl. Braun, Erörterungen zu Thibaut, 1. Th. (Stuttgart 1831), §. 166. Wie aus dem Bemerkten hervorgeht, nehme ich an, daß ein pactum nach Röm. Recht allgemein jedenfalls eine obligatio naturalis begründete. Dabei denke ich aber an ein pactum mit materiellem Grunde, verwerfe also ein Formalpactum als ausreichend zur Entstehung einer obligatio naturalis. Die Ansicht, daß ein pactum überall nicht eine obligatio naturalis begründet habe, scheint mir der Natur der Sache zu widersprechen, mag man das jus gentium oder die naturalis aequitas als Quelle der obligationes naturales betrachten. A. M. Gneist a. a. O. S. 170 fg. Derselbe kann sich allerdings auf den Umstand berufen, daß im C. J. Civ. sich keine Stelle findet, welche die diesseitige Auffassung ausdrücklich bestätigte,

Beklagten den näher anzugebenden Darlehnsvertrag geschlossen und daß, wenn der Darlehnsgeber der Kläger ist, er ein rechtliches Interesse an der Annahme des Darlehns von Seiten des Beklagten, dieser sich auch zur Annahme verpflichtet habe.[2]

Wird auf Schadensersatz wegen nicht geschehener Erfüllung geklagt, so muß Kläger auch behaupten, daß Beklagter in Verzug versetzt sei und daß Kläger jetzt das Darlehn nicht mehr gebrauchen, bezw. geben könne.

B. Die Klage aus dem Darlehn (condictio certi oder condictio oder actio aus dem mutuum oder der mutui datio, wohl eine Nachbildung der Klage aus der Stipulation) ist durch die Behauptung zu begründen: daß

a) Kläger[3]

b) von dem Beklagten[4]

c) die Rückgabe einer bestimmten Quantität, unter Umständen auch Qualität fungibler Sachen (mit oder ohne Zinsen[5]) verlange,

---

indem alle Stellen möglicherweise blos auf Exceptionen aus einem pactum gegen Actionen bezogen werden können. Wegen der leichten Anwendbarkeit der Stipulation ist aber jenes Fehlen einer klaren Belegstelle nicht von erheblicher Bedeutung.

[2] Wenn der Darlehnssucher der Kläger ist, versteht sich dessen Interesse, zu klagen, bis zur Darlegung des Gegentheils von selbst. Das rechtliche Interesse des Gebers kann in der Erlangung von Zinsen bestehen. Will Beklagter diese ohne Annahme des Capitals zahlen und sich dadurch befreien, so steht ihm dies frei, vorausgesetzt, daß kein anderes rechtliches Interesse für den Geber vorliegt. Die l. 30 D. de rebus creditis, si certum petatur, et de condictione (12; 1), l. 4 D. quae res pign. (20; 3), l. 11 pr. D. qui pot. in pign. (20; 4) stehen jetzt einer Klage des Gebers nicht entgegen, wenn nur ein rechtliches Interesse vorliegt. In diesem Falle konnte nach Röm. Recht bei einem pactum, daß der Sucher das Geld nehmen müsse, nur eine Naturalobligation entstehen. Die l. 30 u. s. w. beziehen sich auf den Fall eines mangelnden Interesses oder einer fehlenden Stipulation der bezeichneten Art. S. auch l. 1 pr. D. qui pot. in pign. (20; 4).

[3] Bei einem Irrthum über die Person des Darleihers liegt ein wesentlicher Irrthum, mithin kein mutuum vor. Aus Billigkeitsgründen (l. 32 D. de R. C. (12; 1): „quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est") ist aber eine s. g. condictio Juventiana, eine Art von condictio sine causa (Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 121) anwendbar, vorausgesetzt, daß der Empfänger dem Dritten, welchen er für den Geber gehalten hat, nicht haftet.

Durch Replik läßt sich die cond. ex mutuo nicht in eine condictio Juventiana verwandeln, weil darin eine unstatthafte Klagänderung gefunden werden müßte.

Es kann aber mit der Darlehnsklage eventuell die condictio Juventiana verbunden werden. Dies ist als geschehen anzunehmen, wenn der Antrag und dessen Begründung auch für die condictio Juventiana mitausreicht.

[4] Bei einem Irrthum über die Person des Empfängers würden die unter Note 3 angegebenen Grundsätze im Allgemeinen ebenfalls gelten müssen.

[5] Hat man von einem Leihhause oder Banquier ein Darlehn erhalten, so ist, in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung, eine stillschweigende dahin anzu-

d) weil Kläger oder ein Anderer für ihn mit oder ohne Auftrag[6], dem Beklagten oder für denselben dessen Mandatar eine gleiche Quantität[7] und Qualität geliehen oder zum Eigenthum[8] unter Vereinbarung der Pflicht[9] zur Rückgabe einer gleichen Quantität, eines gleichen Genus

---

nehmen, daß übliche Zinsen zu zahlen seien. Nov. 136 c. 4. In der längeren Zahlung und Annahme von Zinsen kann, abgesehen von einer darin liegenden factischen Vermuthung für die Existenz des Capitals und des Zinsanspruchs, eine Vereinbarung zur Leistung von Zinsen enthalten sein.

[6] L. 9 §. 8, l. 15 D. de R. C. (12; 1). C. 4 C. si certum petatur (4; 2). C. 2 C. per quas pers. n. a. (4; 27).

[7] L. 11 §. 1 D. de R. C. (12; 1).

[8] Gehörten die Sachen dem Geber nicht, z. B. als Dieb, oder konnte er etwa als Wahnsinniger, Verschwender oder Pupill nicht veräußern, so entsteht eine Klage (s. g. condictio de bene depensis oder de bona fide consumtis), und zwar die Klage aus dem Darlehn (beim Diebe, weil der Annahme eines Consenses zwischen diesem und dem Empfänger nichts im Wege steht), sonst in den genannten Fällen eine condictio sine causa erst, nachdem der Empfänger durch Consumtion oder Ersitzung Eigenthümer geworden ist. §. 2 J. quib. alien. lic. (2; 8). L. 11 §. 2, l. 12, 13, 19 §. 1 D. de R. C. (12; 1). L. 24 pr. §. 2 D. de O. et A. (44; 7). L. 56 §. 2 D. de fid. et mand. (46; 1).

Wenn mala fide consumirt ist, kann der Empfänger vom früheren Eigenthümer mit einer rei vindicatio auf Grund einer fingirten possessio, oder mit der actio ad exhibendum auf gleichen Grund hin, oder mit der condictio furtiva belangt werden und haftet deshalb nicht dem Geber, der nicht Eigenthümer war. War er dies, so hat er diese Klagen und bedarf deshalb nicht einer anderen Klage. Er kann aber die mala fides unbeachtet lassen und eine condictio sine causa anstellen, ohne daß Beklagter ihm gegenüber wegen mangelnden Interesses sich auf seine eigene mala fides berufen könnte. Anders ist es, wenn der Geber nicht Eigenthümer war. Ob aber nicht in diesem Fall gegen den Einwand der mala fide geschehenen Consumtion die Replik, daß Kläger zum cavere defensum iri bereit sei oder eine condictio der possessio statthaft sei, ist noch eine andere Frage, welche ich doch bejahen muß.

[9] Für Darlehen eines das Pfandleihgeschäft als Gewerbe betreibenden Pfandleihers haftet im Zweifel nur das Faustpfand, nicht der Darlehnsempfänger persönlich (Schl.-Holst. A. v. 1880, S. 239 und 240). Der Grund liegt darin, daß die Absicht der Contrahenten nicht auf eine persönliche Haftung des Empfängers gerichtet ist. Geht das Faustpfand durch Zufall verloren, so hat der Darleiher gar keine Klage. Wird es evincirt, so ist nicht eine Klage aus dem Darlehn, auch nicht eine condictio causa data causa non secuta oder sine causa anwendbar, wohl aber der Regel nach eine Klage auf das Interesse. Denn in der Verpfändung liegt stillschweigends die Zusage, daß das Pfand Sicherheit gewähre und daher auch, daß es nicht evincirbar sei. Sollte den Umständen nach eine solche Zusage nicht anzunehmen sein, so würde ich eine jener Condictionen für zulässig halten. Vgl. übrigens zu dieser Note auch v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht (Marburg und Leipzig 1867), namentlich S. 368 fg. und S. 461.

und einer gleichen Qualität[10] hingegeben habe[11] und weil die Forderung auf Rückgabe fällig sei.

Wenn die Zeit der Rückgabe vereinbart ist, z. B. daß nach erfolgter Kündigung zurückgezahlt werden solle, so ist dies anzugeben und die jetzige Fälligkeit zu behaupten. Ist Nichts über die Zeit der Rückgabe festgesetzt, so gilt gemeinrechtlich freilich der Satz: „Praesenti die pecunia debetur"; aber nicht blos unter Gewährung eines tempus modicum zur Beschaffung der Rückzahlung, sondern auch einer angemessenen Frist zur Benutzung und Beschaffung der Rückzahlung.

Ein Antrag wegen Zinsen ist besonders zu begründen: durch die Behauptung einer Vereinbarung[12], einer mora solutionis[13], oder der Voraussetzung gesetzlicher Zinsen.

---

[10] L. 3 D. de R. C. (12; 1). Bei einem Gelddarlehn würde im Fall der Veränderung des Münzfußes eine Summe zurückzuzahlen sein, deren innerer Werth dem inneren Werthe der Anleihe entspräche. Es kommt dabei im Zweifel auf den Erfüllungsort und die Zeit der Solution, nicht der Entstehung der Obligation, auch nicht der Ersetzung der einen Währung durch die andere an. Vgl. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 72, und das Münzgesetz vom 9. Juli 1873, welches im Art. 14 die besondere Norm enthält, daß von dem Eintritt der Reichswährung an alle Zahlungen, welche bis dahin in Münzen einer inländischen Währung zu leisten waren, in Reichsmünzen zu leisten sind und daß der Thaler zu 3 Mark, der Gulden Süddeutscher Währung zu 1 5/7 Mark gerechnet werden soll.

[11] Eine andere Schuld, z. B. aus einem Mandat, kann durch Zustimmung der Parteien auch ohne Zahlung und Rückgabe in eine Darlehnsschuld übergehen. L. 15 D. de R. C. (12; 1). Busch a. a. O. 32. B. S. 310. Gruchot, Beiträge, XVI. Jahrgang (Berlin 1872), S. 130—131. Die l. 34 pr. D. mand. v. contra (17; 1) enthält das ältere Recht. Ebenfalls wohl die c. 6 C. si cert. pet. (4; 2). Noch weiter sogar, als die l. 15, geht die l. 20 D. de R. C. (12; 1). Danach liegt auch dann ein gültiges Darlehn vor, wenn A. dem B. eine Summe schenkt und sie sofort als Darlehn wieder erhält. Freilich geht die l. 20 von einer wirklichen Zahlung und Rückzahlung aus, die aber nach l. 15 gar nicht einmal nothwendig wären. Zur Begründung der Darlehnsklage müßte in diesen Fällen das thatsächliche Verhältniß genauer angegeben werden. Vgl. Stahl im A. f. d. c. Pr. 61. B. S. 141—148. Es könnte dies aber noch in der Replik gegenüber dem Einwande des Beklagten, daß kein Darlehn vorliege, geschehen, indem eine solche Replik im Verhältniß zu den in der Klage enthaltenen, nur kurz ein Darlehn geltend machenden Angaben nicht als unstatthafte Klagänderung aufzufassen wäre. Vgl. Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 511—519.

Wenn eine Sache dem Empfänger zum Verkauf und zum Behalten des Erlöses als Darlehns gegeben ist, — l. 11 pr. D. de R. C. (12; 1) gegenüber der das ältere Recht enthaltenden l. 34 pr. D. mand. v. contra (17; 1) — muß zur Begründung der Darlehnsklage vom Geber behauptet werden, daß Beklagter verkauft und den verlangten Betrag als Preis und somit auch als Darlehn erhalten habe. Vgl. v. Vangerow a. a. O. §. 623 A Anm. II unter 3.

[12] Nach Röm. Recht bedurfte es einer Stipulation. Für die ausreichende Wirksamkeit eines Pactums kann man sich nicht auf l. 7 D. de R. C. (12; 1) berufen,

e) Der erforderliche Antrag ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Rückzahlung des Darlehns, bezw. mit Zinsen zu richten.

§. 244.

2. Insbesondere von der Bodmerei.[1]

„Bodmerei im Sinne“ (des H. G. B.) „ist ein Darlehnsgeschäft, welches von dem Schiffer als solchem kraft der“ (in dem H. G. B.) „ihm

---

weil es in Ansehung der Zinsen ja eben an einer Numeration fehlte. Pauli S. R. lib. II. tit. XIV. 1. L. 10 §. 4 D. mand. v. contra (17; 1). L. 24 D. de praesc. verb. (19; 5). Beim foenus nauticum genügte ein pactum. L. 5 §. 1, l. 7 D. de naut. foen. (22; 2). Vgl. oben Note 5.

[13] Ist dadurch ein die Zinsen übersteigender Schaden veranlaßt, so kann Ersatz desselben verlangt werden.

[1] Das Wort Bodmerei ist ein niederdeutsches und kommt von Boden, ehemals Bodem, gleich Kiel des Schiffes. Die Unterschiede zwischen der Bodmerei und dem nauticum foenus (trajecticius contractus) (vgl. den tit. D. de nautico foenore [22; 2] und C. de nautico foenore [4; 33], sowie Nov. 106, welche, abgesehen von den jetzt nicht mehr anwendbaren Zinsbeschränkungen, gilt, obschon sie durch Nov. 110 aufgehoben ist, weil letztere nicht glossirt worden), soweit sie für die Begründung der Klage in Betracht kommen, sind folgende:

a) Beim nauticum foenus (mag es sich um trajecticia pecunia im engeren oder weiteren Sinne handeln, d. h. mag das Geld selbst oder die dafür angeschaffte oder ausgebesserte Sache der Seegefahr ausgesetzt werden — l. 1 D. [22; 2] —) ist der Gegenstand der Klage die Rückgabe des Darlehns nebst den höheren Zinsen, im Fall einer Verpfändung auch Auslieferung der Pfandsachen; bei der Bodmerei die Auslieferung des verbodmeten Gegenstandes als Pfandes, es möchte denn Zahlung des Darlehns nebst Prämie vorgezogen werden.

b) Der Grund der Klage ist das nauticum foenus, bezw. der Bodmereivertrag. Jenes kann auch vorkommen, wenn es sich gar nicht um ein Schiff handelt (s. g. foenus quasi-nauticum oder terrestre), dieser nicht. Bei jenem kann Jeder Empfänger sein, bei diesem nur der Schiffer als solcher. Bei jenem ist eine Verpfändung möglich, bei diesem nothwendig.

Weitere Unterschiede ergeben sich aus dem im Text Folgenden.

Die Uebereinstimmung liegt hauptsächlich darin, daß der Geber die Gefahr trägt und als Kläger behaupten und beweisen muß, sie sei glücklich überstanden. — Nicht erst durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867, sondern schon mit Rücksicht auf die Unbeschränktheit einer Vergütung bei der Bodmerei und der Versicherung sind die höchstens 12% zulassenden Zinsbeschränkungen des Röm. Rechts beim nauticum foenus (c. 26 §. 1 C. de usur. (4; 32), welche Stelle übrigens v. Jhering in seinen Jahrbüchern f. d. Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts 19. B. S. 1—23 nur auf die Landzinsen, nicht auf die Seezinsen (die Assecuranzprämie), die schon nach Röm. Recht keinem gesetzlichen Maximum unterworfen gewesen sei, bezieht) als beseitigt zu betrachten. S. auch Windscheid a. a. O. §. 371 Note 9.

Die Behauptung Koch's, Das Recht der Forderungen (Breslau 1836, 1840

ertheilten Befugnisse unter Zusicherung einer Prämie und unter Verpfändung von Schiff, Fracht und Ladung, oder von einem oder mehreren dieser Gegenstände in der Art eingegangen wird, daß der Gläubiger wegen seiner Ansprüche nur an die verpfändeten (verbodmeten) Gegenstände nach Ankunft des Schiffs an dem Orte sich halten könne, wo die Reise enden soll, für welche das Geschäft eingegangen ist (Bodmereireise)."[2]

„Bodmerei kann von dem Schiffer nur in folgenden Fällen eingegangen werden:

1) während das Schiff außerhalb des Heimathshafens sich befindet, zum Zweck der Ausführung der Reise nach Maaßgabe der Artikel 497. 507. bis 509. und 511.;

2) während der Reise im allgemeinen Interesse der Ladungsbetheiligten zum Zweck der Erhaltung und Weiterbeförderung der Ladung nach Maaßgabe der Artikel 504. 511. und 634.

In dem Falle der Ziffer 2. kann der Schiffer die Ladung allein verbodmen, in allen übrigen Fällen kann er zwar das Schiff oder die Fracht allein, die Ladung aber nur zusammen mit dem Schiff und der Fracht verbodmen.

In der Verbodmung des Schiffs ohne Erwähnung der Fracht ist die Verbodmung der letzteren nicht enthalten. Werden aber Schiff und Ladung verbodmet, so gilt die Fracht als mitverbodmet.

Die Verbodmung der Fracht ist zulässig, so lange diese der Seegefahr noch nicht entzogen ist.

Auch die Fracht desjenigen Theils der Reise, welcher noch nicht angetreten ist, kann verbodmet werden."[3]

Von den in Folge der Bodmerei möglichen Klagen sind namentlich folgende hervorzuheben:

A. Die Klage des Bodmereigebers gegen den Schiffer auf Ausstellung eines Bodmereibriefs.

Zur Begründung dieser Klage, welche mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit eines Bodmereibriefs nach Art. 683 nur als Klage aus einem s. g. pactum de contrahendo[4a] erscheint, ist hervorzuheben:

---

und 1843), §. 256, daß das alte nauticum foenus jetzt eine Antiquität sei, ist grundlos, wenn es wegen der jetzigen Bodmerei und Versicherung auch selten vorkommen wird.

[2] H. G. B. Art. 680. Vgl. auch Art. 700 und 701.

[3] H. G. B. Art. 681.

[4a] Ist ein Bodmereibrief nicht ausgestellt, so hat der Gläubiger freilich diejenigen

a) Die Activlegitimation des Klägers. Als solcher kann auftreten der Bodmereigeber, d. h. derjenige, welcher das Darlehnsgeschäft als Geber des Darlehns abschließt. Es ist gleichgültig, ob er dabei als Gläubiger auftritt oder ob ein Dritter als solcher gelten soll. Jedoch ist im letzteren Fall der Geber nur zum Proceß legitimirt, freilich als ipso jure legitimirter nothwendiger Vertreter des Gläubigers. Der Gläubiger, welcher nicht Geber ist, kann nicht als Kläger auftreten.[4b]

b) Die Passivlegitimation des Beklagten. Dies ist der Schiffer.[5] Derselbe erscheint gleichfalls als ipso jure legitimirter, nothwendiger Vertreter des Verfrachters, bezw. des Ladungsempfängers oder Befrachters.

c) Der Gegenstand. Dies ist die Ausstellung eines Bodmereibriefes.

„Der Bodmereigeber kann verlangen, daß der Bodmereibrief enthalte:

1) den Namen des Bodmereigläubigers;

2) den Kapitalbetrag der Bodmereischuld;

3) den Betrag der Bodmereiprämie oder den Gesammtbetrag der dem Gläubiger zu zahlenden Summe;

4) die Bezeichnung der verbodmeten Gegenstände;

5) die Bezeichnung des Schiffs und des Schiffers;

6) die Bodmereireise;

7) die Zeit, zu welcher die Bodmereischuld gezahlt werden soll;

8) den Ort, wo die Zahlung erfolgen soll;

9) die Bezeichnung der Urkunde im Kontext als Bodmereibrief, oder die Erklärung, daß die Schuld als Bodmereischuld eingegangen sei oder eine andere das Wesen der Bodmerei genügend bezeichnende Erklärung[6];

10) die Umstände, welche die Eingehung der Bodmerei nothwendig gemacht haben;

11) den Tag und den Ort der Ausstellung;

12) die Unterschrift des Schiffers.

Die Unterschrift des Schiffers muß auf Verlangen in beglaubigter Form ertheilt werden.“[7]

„Auf Verlangen des Bodmereigebers ist der Bodmereibrief, sofern nicht das Gegentheil vereinbart ist, an die Order des Gläubigers oder

---

Rechte, welche ihm zustehen würden, wenn der Schiffer zur Befriedigung des Bedürfnisses ein einfaches Creditgeschäft eingegangen wäre. Diese Wirkung steht aber der vorläufigen Annahme eines pactum de contrahendo nicht entgegen.

[4b] H. G. B. Art. 684, 685 und 687.

[5] H. G. B. Art. 683 und 684.

[6] Wenn auch nicht alle im Text unter 1—12 aufgeführten Punkte wesentlich sind — Pr. S. 2566, und Makower a. a. O. zu Art. 684 Note 11 —, so ist doch jedenfalls auch die unter 9 angegebene Bezeichnung wesentlich — Pr. S. 2569. — Es erinnert dieses Erforderniß an einen Wechsel.

[7] H. G. B. Art. 684.

lediglich an Order zu stellen. Im letzteren Falle ist unter Order die Order des Bodmereigebers zu verstehen.“[8]

„Der Bodmereigeber kann die Ausstellung des Bodmereibriefs in mehreren Exemplaren verlangen.

Werden mehrere Exemplare ausgestellt, so ist in jedem Exemplar anzugeben, wie viele ertheilt sind.“[9]

In der Klage wird anzugeben sein, wie der Bodmereibrief beschaffen sein soll. Ist in dieser Hinsicht weiter nichts bemerkt, so wird ein Bodmereibrief mit dem unter 1—12 des Art. 684 bezeichneten Inhalte als verlangt anzunehmen sein, weil dieser Inhalt als der gewöhnliche zu betrachten ist. Dagegen ist es besonders zu erklären, ob die Unterschrift des Schiffers in beglaubigter Form ertheilt werden solle, ob der Bodmereibrief an die Ordre des Gläubigers oder lediglich an Ordre zu stellen sei und ob die Ausstellung des Bodmereibriefs in mehreren Exemplaren verlangt werde.

d) Der Grund der Klage. Dieser besteht in der Abschließung des Bodmereivertrages. Selbiger ist seinen einzelnen Bestimmungen nach, jedenfalls soweit sie an sich oder für den verlangten Inhalt des Bodmereibriefes wesentlich sind, näher anzugeben. Namentlich gilt dies auch von den unter 1—8 des Art. 684 aufgeführten Punkten, wobei jedoch zu beachten ist, daß im Zweifel die Bodmereischuld in dem Bestimmungshafen der Bodmereireise und am achten Tage nach Ankunft des Schiffs in diesem Hafen zu zahlen ist.[10] Es ist daher nur dann, wenn ein anderer Ort oder eine andere Zeit der Zahlung vereinbart worden, zur Begründung dieses anderen Orts und dieser anderen Zeit solche Vereinbarung zu behaupten. Der Kläger muß auch die Umstände angeben, welche die Eingehung der Bodmerei nothwendig gemacht haben. Dies ist freilich nicht erforderlich mit Rücksicht auf den beklagten Schiffer, weil dieser ja durch Eingehung des Geschäfts die Nothwendigkeit anerkannt hat; wohl aber mit Rücksicht auf den Richter, weil dieser sonst kein Urtheil über die Rechtmäßigkeit der Klage haben könnte, dies aber wegen der Interessen Dritter als erforderlich erscheint.

„Ist vor Ausstellung des Bodmereibriefs die Nothwendigkeit der Eingehung des Geschäfts von dem Landeskonsul oder demjenigen Konsul, welcher dessen Geschäfte zu versehen berufen ist, und in dessen Ermangelung von dem Gerichte oder der sonst zuständigen Behörde des Orts der Ausstellung, sofern es aber auch an einer solchen fehlt, von den Schiffsoffizieren urkundlich bezeugt, so wird angenommen, daß der Schiffer zur Eingehung des Geschäfts in dem vorliegenden Umfange befugt ge-

---

[8] H. G. B. Art. 685. [9] H. G. B. Art. 687 Abs. 1 und 2.

[10] H. G. B. Art. 688.

wesen sei.“[11] Es genügt also, daß Kläger sich auf eine solche urkundliche Bescheinigung beziehe.

e) Der Antrag geht auf Verurtheilung zur Ausstellung eines den Bemerkungen unter c entsprechenden Bodmereibriefs.

B. Die Klage des Schiffers gegen den Bodmereigeber auf Auszahlung des Bodmereidarlehns.

Die Klage ist durch die Behauptungen zu begründen, daß:

a) der Schiffer als Contrahent activ zum Proceß als ipso jure legitimirter, nothwendiger Vertreter des activ zur Sache legitimirten Verfrachters, bezw. des Ladungsempfängers oder Befrachters,

b) der Bodmereigeber als Contrahent passiv zur Sache, bezw. zum Proceß in Vertretung des Gläubigers

legitimirt seien;

c) es sich um Auszahlung des zugesagten Darlehns handle;

d) weil zwischen den Parteien das Bodmereigeschäft, dessen nähere Umstände anzugeben sind, abgeschlossen sei. Dabei wird der Kläger in gleicher Weise, wie es unter A d hervorgehoben ist, die Nothwendigkeit des Geschäfts darzulegen haben. So lange der Bodmereibrief nicht ausgestellt ist, kann Beklagter die Klage als unbegründet bezeichnen. Es gehört auch die Behauptung, daß selbiger ausgestellt sei, zum Fundament der Klage aus dem Bodmereivertrage, weil dieser ohne Bodmereibrief nicht perfect ist. Dagegen gehört die Behauptung, daß der ausgestellte Bodmereibrief auch ausgehändigt sei, nicht zum Klagfundament, sondern die entgegengesetzte zu dem Fundament einer exceptio doli. Diese könnte durch die Replik, daß Kläger zur Aushändigung Zug um Zug bereit sei, entkräftet werden. Im Fall besonderer Vereinbarung könnte auch auf Zahlung des Darlehns vor Ausstellung des Bodmereibriefs geklagt werden, aber nicht auf Grund des Bodmereivertrages, sondern nur auf Grund der besonderen Vereinbarung.

e) Der Antrag ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Auszahlung des bedungenen Darlehns an den Kläger zu richten.

C. Die Klage des Bodmereigläubigers auf den öffentlichen Verkauf des verbodmeten Schiffs und der verbodmeten Ladung sowie auf Ueberweisung der verbodmeten Fracht.

Die Begründung der Klage erfordert folgende Angaben:

a) Daß Kläger activ zur Sache legitimirt sei. Dies ist der legi-

---

[11] H. G. B. Art. 686. Der Gegenbeweis ist statthaft.

Die Bestimmung des Art. 686 ist nicht eine civilprocessualische, sondern eine

timirte Inhaber auch nur Eines Exemplars des Bodmereibriefs[12], also meistens der in demselben genannte Gläubiger. Lautet derselbe an die Ordre des Gläubigers, so ist der etwaige Indossatar des Gläubigers und im Fall mehrerer Indossationen der letzte, in Ermangelung einer solchen der Gläubiger legitimirt.[13]

b) Die Passivlegitimation zur Sache. Passiv legitimirt sind in Ansehung des Schiffs und der Fracht der Schiffer (zum Proceß) oder Rheder (zur Sache), in Ansehung der Ladung vor der Auslieferung der Schiffer (zum Proceß), nach der Auslieferung der Empfänger (zur Sache) sofern die Ladung sich noch bei ihm oder einem Anderen befindet, welcher sie für ihn besitzt.[14] „Zum Nachtheil eines dritten Erwerbers, welcher den Besitz der verbodmeten Ladung in gutem Glauben erlangt hat, kann der Gläubiger von seinen Rechten keinen Gebrauch machen.“[15] Also der dritte Erwerber ist auch passiv zur Sache legitimirt; er hat aber die Einrede, daß er die Ladung in gutem Glauben erlangt habe. Dagegen ist die vom Kläger zu beweisende Replik der mala fides statthaft.

c) Der Gegenstand. Dieser besteht in dem öffentlichen Verkauf des verbodmeten Schiffs und der verbodmeten Ladung, sowie in der Ueberweisung der verbodmeten Fracht; und zwar zum Zweck der Erlangung der Bodmereischuld (des Capitalbetrages sammt Bodmereiprämie[16] nebst 6 % jährlicher Zinsen von dem Zahlungstage[17] an und Kosten).

---

materielle, also nicht durch die C. P. O. beseitigt, daher auch nicht im E. G. zur C. P. O. §. 13 Ziffer 2 als aufgehoben bezeichnet. Sie würde aber nicht gelten, wenn wegen Mangels eines Bodmereibriefes nur ein einfaches Creditgeschäft anzunehmen wäre. Dann müßte im Fall einer Klage der als Schiffsgläubiger auftretende Darleiher die Nothwendigkeit nach den Regeln der C. P. O. nachweisen. Es hinge also der Beweiswerth der im Art. 686 bezeichneten urkundlichen Bezeugung vom Ermessen des Gerichts ab.

[12] H. G. B. Art. 689.

[13] H. G. B. Art. 685, 687 Abs. 3.

[14] H. G. B. Art. 697 Abs. 2. Vgl. auch Art. 764.

[15] H. G. B. Art. 697 Abs. 3.

[16] Vgl. Art. 699 Abs. 1.

Die Vereinbarung, daß der Gläubiger nicht solle verkaufen lassen dürfen, ist ungültig. L. 4 D. de pign. act. v. contra (13; 7). Es braucht dann auch eine dreimalige Anzeige dem Verkauf nicht vorherzugehen, weil in Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft ein richterliches Urtheil vorhergehen muß und für solchen Fall es überall keiner Anzeige bedarf. C. 3 §. 1 C. de jure dom. imp. (8; 33). Der Ablauf von zwei Jahren nach dem Urtheil ist vor einem Verkauf nicht erforderlich, weil das H. G. B. und die C. P. O. davon nichts sagen.

[17] H. G. B. Art. 688 Abs. 2.

Die Bestimmung in Ansehung der Zinsen „kommt nicht zur Anwendung, wenn

d) Der Grund. Dieser besteht darin: daß das Bodmereigeschäft geschlossen; daß die Eingehung desselben nothwendig gewesen; daß der Bodmereibrief ausgestellt, das Schiff in dem Bestimmungshafen der Bodmereireise eingetroffen, eventuell die Bodmereireise in einem anderen als dem Bestimmungshafen derselben beendet und in Ermangelung einer anderen Bestimmung acht Tage seit der Ankunft des Schiffs in dem Bestimmungshafen, eventuell dem anderen Hafen und seit der definitiven Einstellung der Reise abgelaufen seien.[18]

e) Der Antrag. Dieser ist dahin zu richten, daß Beklagter verurtheilt werde, den öffentlichen Verkauf des verbodmeten Schiffs und der verbodmeten Ladung, sowie die Ueberweisung der verbodmeten Fracht anzuerkennen und zuzulassen, auch das Erforderliche dazu, soweit er dies könne, auszuliefern, falls er es nicht vorziehen sollte, die Bodmereischuld (Capital und Prämie) nebst Zinsen (6 % vom Zahlungstage an; mit Ausnahme des Falles einer Zeitprämie, die bis zur Zahlung des Bodmereicapitals läuft) und Kosten zu bezahlen.

D. Die Klage des Bodmereigläubigers auf Beschlagnahme der verbodmeten Gegenstände.

„Auch schon vor Eintritt der Zahlungszeit kann der Gläubiger nach Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen der Bodmereireise die Beschlagnahme der sämmtlichen verbodmeten Gegenstände nachsuchen.“[19]

Diese Beschlagnahme ist nach den Grundsätzen der C. P. O. über den Arrest zu behandeln, weshalb auf den §. 352 dieser Schrift verwiesen wird. Insbesondere ist dabei zu beachten, daß

a) der Bodmereigläubiger activ legitimirt ist, die Beschlagnahme zu erwirken;

b) die unter C b bezeichneten Personen passiv legitimirt sind;

c) die Beschlagnahme der sämmtlichen verbodmeten Gegenstände, wenn deren Werth auch den Betrag der Bodmereischuld übersteigt, erwirkt werden kann, weil die sämmtlichen verbodmeten Gegenstände dem Bodmereigläubiger solidarisch haften[20];

d) die Beschlagnahme erst nach Ankunft des Schiffs im Bestimmungshafen der Bodmereireise nachgesucht werden kann; vor wie nach Eintritt

---

die Prämie nach Zeit bedungen ist; die Zeitprämie läuft aber bis zur Zahlung des Bodmereikapitals“. Daselbst Abs. 3.

[18] H. G. B. Art. 688 und 699 Abs. 2 und 3.

[19] H. G. B. Art. 692 Abs. 2. Im Fall des H. G. B. Art. 446 Abs. 1 und 2 wird aber letzterer Artikel vorgehen.

[20] H. G. B. Art. 692 Abs. 1.

der Zahlungszeit; ohne daß es eines weiteren Arrestgrundes bedarf. Letzteres folgt aus Art. 692 des H. G. B. in Verbindung damit, daß dieser Artikel durch die C. P. O. sammt dem E. G. zu derselben nicht aufgehoben ist.

Die angegebenen Punkte sind in dem Beschlagnahmegesuch genügend mithervorzuheben und ist dann

e) die Anordnung der Beschlagnahme zu beantragen.

E. Die Klage des Bodmereigläubigers gegen Schiffer und Rheder wegen schuldvollen oder widerrechtlichen Verhaltens auf Schadensersatz u. s. w.[21]

H. G. B. Art. 693—696 und Art. 479.

Zur Begründung der auf die Vorschriften dieser Artikel gestützten Klage ist Folgendes zu behaupten:

a) daß Kläger als Bodmereigläubiger activ zur Sache legitimirt sei;

b) daß Beklagter als Schiffer oder als Rheder passiv zur Sache legitimirt sei;

c) daß es sich um Schadensersatz (Art. 693) oder um die Differenz zwischen der Bodmereischuld und der aus den verbodmeten Gegenständen erhaltenen oder noch zu erlangenden Befriedigung (Art. 694) oder um die Bodmereischuld (Art. 695) handle;

d) daß der Grund der Klage darin bestehe:

1) im Fall des Art. 693: daß der Schiffer nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers für die Bewachung und Erhaltung der verbodmeten Gegenstände gesorgt oder er ohne dringende Gründe eine Handlung vorgenommen, wodurch die Gefahr für den Bodmereigeber eine größere oder eine andere geworden, als derselbe bei dem Abschlusse des Vertrages habe voraussetzen müssen; bezw. daß der Rheder diese Handlungsweise des Schiffers angeordnet habe und bei Ertheilung solcher Anweisung von dem Sachverhältniß unterrichtet gewesen[22];

sowie daß dadurch der angegebene Schaden entstanden sei;

2) im Fall des Art. 694: daß der Schiffer die Bodmereireise willkürlich verändert habe, oder von dem derselben entsprechenden Wege willkürlich abgewichen sei oder nach ihrer Beendigung die verbodmeten Gegenstände von Neuem einer Seegefahr ausgesetzt habe, ohne daß das Interesse des Gläubigers es geboten; bezw. daß der Rheder diese Hand-

---

[21] Vgl. unten §. 322 unter 5 und §. 328.

[22] H. G. B. Art. 696. Abgesehen von diesem Artikel haftet der Rheder natürlich auch in Gemäßheit des Art. 452 im Falle eines eigenen Verschuldens oder einer besonderen Gewährleistung.

lungsweise des Schiffers angeordnet habe und bei Ertheilung solcher Anweisung von dem Sachverhältniß unterrichtet gewesen sei[23]; sowie daß der Gläubiger den eingeklagten Betrag aus den verbodmeten Gegenständen nicht erhalten habe oder erhalten werde;

3) im Fall des Art. 695: daß der Schiffer die verbodmete Ladung vor Befriedigung oder Sicherstellung des Gläubigers ganz oder theilweise ausgeliefert; bezw. daß der Rheder dies angeordnet habe, und bei Ertheilung solcher Anweisung von dem Sachverhältniß unterrichtet gewesen sei[24]; sowie daß Kläger „aus den ausgelieferten Gütern zur Zeit der Auslieferung hätte befriedigt werden können";

e) daß demnach um Verurtheilung in Gemäßheit der Bemerkungen zu c gebeten werde.

F. Die Klage des Bodmereigläubigers gegen den Empfänger, welcher den Besitz der verbodmeten Ladung *mala fide* erworben hat.[25]

Es enthält der Art. 698 nachstehende Vorschrift:

„Der Empfänger, welchem bei Annahme der verbodmeten Güter bekannt ist, daß auf ihnen eine Bodmereischuld haftet, wird dem Gläubiger für die Schuld bis zum Werthe, welchen die Güter zur Zeit ihrer Auslieferung hatten, insoweit persönlich verpflichtet, als der Gläubiger, falls die Auslieferung nicht erfolgt wäre, aus den Gütern hätte befriedigt werden können."

Zur Begründung unserer Klage ist hervorzuheben, daß

a) Kläger als Bodmereigläubiger activ,

b) Beklagter als Empfänger der verbodmeten Ladung passiv zur Sache legitimirt seien;

c) es sich um Zahlung der näher darzulegenden Bodmereischuld bis zum gleichfalls näher anzugebenden Werthe, welchen die Güter zur Zeit ihrer Auslieferung hatten, handle; und

d) Beklagter hafte, weil ihm als Empfänger bei Annahme der verbodmeten Güter bekannt gewesen sei, daß auf ihnen die Bodmereischuld hafte und der Gläubiger, falls die Auslieferung nicht erfolgt wäre, aus den Gütern bis zu dem verlangten Betrage hin hätte befriedigt werden können;

---

[23] S. die vorige Note.

[24] S. Note 22.

[25] Vgl. unten §. 322 unter 5 und §. 328.

e) daß somit um Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der Bodmereischuld bis zu dem unter c bezeichneten Werthe gebeten werde.[26]

§. 245.
II. Leihvertrag (commodatum).[1]

Dabei kommen in Betracht:

1) die Klage aus dem s. g. pactum de commodando,

2) die Klage aus dem commodatum, und zwar

A. die actio commodati directa,

B. die actio commodati contraria.

In Ansehung der Begründung ist Folgendes zu behaupten:

1. Zur Klage aus dem pactum de commodando:

a) Kläger sei als derjenige, welchem commodirt werden solle, activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als der, welcher zu commodiren versprochen habe, passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Uebergabe der zu commodirenden Sache an den Kläger zu dem bestimmten Gebrauche, oder um das zu specificirende Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger oder fehlerhafter Erfüllung.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter dem Kläger unter dessen Acceptation in hinlänglich bestimmter Weise, wie näher anzugeben ist, zugesagt habe, ihm eine bewegliche oder unbewegliche[2], eigene oder fremde[3], nicht fungible oder doch nicht als solche zu behandelnde Sache[4] leihen oder umsonst zum Gebrauche (einem bestimmten oder den Umständen nach als gewollt bestimmbaren) und zur Detention[5] übergeben zu wollen, mit der Verpflichtung des Empfängers, dieselbe Sache[6] nach

---

[26] Kläger kann nicht den öffentlichen Verkauf der verbodmeten Ladung verlangen; ebensowenig der Beklagte. Dazu bedarf es der Zustimmung beider Theile. Dies folgt schon daraus, daß es bei unserer Klage auf den Werth zur Zeit der Auslieferung ankommt; der bei einem späteren öffentlichen Verkauf erzielte Erlös aber von diesem Werthe verschieden sein kann.

[1] Vgl. oben §. 32.

[2] L. 1 §. 1 D. commodati vel contra (13; 6). Nach der l. 17 pr. D. de praesc. verb. (19; 5) ist es sicherer, die actio praescriptis verbis, als die act. commodati, anzustellen, wenn eine gratuita habitatio eingeräumt ist.

[3] L. 15 D. h. t. Nicht eine Sache des s. g. Commodatars. L. 15 D. dep. v. contra (16; 3). S. jedoch l. 35 §. 1 und l. 37 D. de pign. act. v. contra (13; 7). Auch der Dieb kann die gestohlene Sache gültig commodiren. L. 16 D. h. t.

[4] L. 3 §. 6, l. 4 D. h. t. L. 4 lautet: „Saepe enim ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant."

[5] L. 8 D. h. t.

Beendigung des Gebrauches oder nach Ablauf der etwa vereinbarten Zeit oder sobald der Gebrauch füglicherweise sonst hätte gemacht sein können, zurückzugeben; und daß Kläger ein Interesse daran habe, die Erfüllung zu verlangen. Wenn auf Schadensersatz geklagt wird, so ist anzugeben, daß Beklagter sein Versprechen nicht gehalten habe[7], daß dadurch der specificirte Schaden verursacht sei und daß die Erfüllung selbst, sofern wegen gänzlicher Nichterfüllung geklagt wird, jetzt nicht mehr möglich oder annehmbar sei.

e) Beantragt werde demnach, Beklagten zu verurtheilen, die bezeichnete Sache dem Kläger zu commodiren, und (bezw. oder) das specificirte Interesse zu leisten.

2. Zu den Klagen aus dem commodatum.

A. Actio commodati directa (meistens commodati actio, auch rectum judicium genannt).

a) Kläger sei als Commodant (commodans, commodator) activ,

b) Beklagter als s. g. commodatarius[8] passiv

zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Rückgabe der commodirten Sache s. w. d. a.[9] oder eines Theiles derselben,[10] Schadensersatz, Herausgabe eines Gewinns, Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte u. d. m., oder das Eine oder Andere.

---

[6] L. 3 §. 6 D. h. t.

[7] Beklagter kann einwenden, daß er es nicht habe halten können, wogegen die Replik möglich ist, daß solches auf einer culpa lata des Beklagten beruhe.

[8] Mehrere Commodatare haften, sofern die Leistung theilbar ist und sofern nicht eine jedem ganz oder doch dem Beklagten allein zur Last fallende Culpa vorliegt (l. 5 §. 15 D. h. t.), im Zweifel pro partibus. Vgl. oben §. 218 Note 14 unter B zu e und f. Mehrere Erben haften, abgesehen von einer Untheilbarkeit der Leistung, pro partibus; es möchte denn Einer die facultas totius rei restituendae haben oder er möchte wegen einer eigenen Handlung verantwortlich sein, indem er dann in solidum haftet. L. 3 §. 3, l. 17 §. 2 D. h. t. Gegen den Pupillen, dem ohne auctoritas tutoris commodirt ist, geht die Klage als actio utilis auf die Bereicherung.

Wenn einem Wahnsinnigen commodirt ist, findet unsere Klage nicht Statt. Die actio ad exhibendum könnte in dergleichen Fällen in einem weiteren Umfange als die act. commodati directa anwendbar sein. L. 1 §. 2, l. 2, l. 3 pr. D. h. t.

[9] L. 5 §. 13 D. h. t. L. 38 §. 10 D. de usur. (22; 1).

[10] Vgl. jedoch l. 17 §. 4 D. h. t. Der Sinn dieser Stelle dürfte folgender sein. Wer eine s. g. universitas rerum cohaerentium, z. B. einen Wagen commodirt hat, kann nicht wegen Commodats eines Rades auf Rückgabe des letzteren klagen, theils weil nicht ein Rad commodirt ist, theils weil der Commodatar nicht verpflichtet sein kann, das Rad zum Zweck der möglichen Rücklieferung vom Wagen zu trennen. Ist aber doch getrennt, so steht der Klage auf Rückgabe des getrennten Rades wegen Commodats des das Rad mitumfassenden Wagens nichts im Wege.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß die Sache commodirt sei.

Wenn auf Rückgabe der Sache geklagt wird, ist zu behaupten, daß der bewilligte Gebrauch gemacht worden oder füglicherweise sonst hätte gemacht sein können oder daß die zu dem Zweck bestimmte Zeit abgelaufen sei.[11]

Geht die Klage auf Schadensersatz, so ist anzugeben, daß Kläger einen näher zu specificirenden Schaden[12] durch Entwendung, Beschädigung[13] u. s. w. erlitten habe, wobei es Sache des Beklagten ist, darzulegen, daß der Schaden ohne seine culpa levis[14] entstanden sei, indem vom Kläger die culpa levis nur dann zu behaupten ist, wenn sonst die Klage kein Fundament haben würde.

Wird Herausgabe des dem Beklagten durch den Gebrauch der Sache zugefallenen Gewinnes verlangt, so muß behauptet werden, daß derselbe die Sache vertragswidrig gebraucht habe.

Falls Cession der gegen Dritte auf Herausgabe der Sache erworbenen Klagen beansprucht wird, ist anzugeben, daß Beklagter solche erworben habe. Z. B. A. hat dem B. eine Sache zu dem Zweck commodirt, daß er sie seinem Gläubiger zum Faustpfand hingebe. Dies ist geschehen, aber letzterer verweigert ohne Grund die Annahme der angebotenen Zahlung. Dann hat der Commodatar die actio pigneraticia directa und kann von dem Commodanten mit der actio commodati directa auf Cession sammt Leistung der Proceßkosten und des sonstigen nothwendigen Aufwandes zur Wiedererlangung der Sache belangt werden.[15]

Wenn der Erbe des Commodatars irrthümlich verkauft hat, so hat er das Pretium dem Commodanten zu zahlen oder die Klage auf das noch nicht erhaltene Pretium zu cediren; er möchte sich denn durch Rückkauf die Sache wieder verschaffen können.[16] Die Klage auf das

---

[11] Schon vorher würde wegen Mißbrauchs nach Analogie der c. 3 C. de loc. et cond. (4; 65) und unter Umständen auch wohl wegen eigenen Bedarfs nach Analogie derselben Stelle auf Rückgabe geklagt werden können.

[12] Es kommt dabei der Regel nach auf den Werth der Sache zur Zeit des Urtheils an, wie bei allen bonae fidei actiones, also jetzt immer. L. 3 §. 2 D. h. t. Vgl. in Betreff der Berücksichtigung von Zeit und Ort auch l. 5 pr. D. h. t.

[13] L. 3 §. 1 D. h. t.

[14] Ausnahmsweise haftet der Commodatar für den Casus (l. 5 §. 3 D. h. t.) oder blos für culpa lata (l. 5 §. 10 D. h. t.). Im letzteren Fall müßte ihm die culpa lata stets nachgewiesen werden.

[15] L. 5 §. 12 D. h. t. Vgl. auch c. 3 C. de commodato (4; 23). Ich nehme übrigens an, daß der Commodant nicht auf Cession zu klagen brauche, vielmehr verlangen könne, daß der Commodatar dies thue, eventuell das Interesse leiste. Ferner nehme ich an, daß der auf Cession und Leistung eines Kostenvorschusses belangte Commodatar gegen diese Leistung einwenden könne, er wolle selbst auf eigene Kosten mit dem Pfandgläubiger processiren.

[16] L. 1 §. 47, l. 2 und 3 D. dep. v. contra (16; 3).

Pretium oder die Cession erfordert nur die Angabe, daß Beklagter verkauft und das Pretium erhalten, bezw. noch nicht erhalten habe; da Beklagter nicht geltend machen könnte, daß er wissentlich verkauft habe oder sich durch Kauf die Sache wieder verschaffen könne.

e) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zur Rückgabe der commodirten Sache u. s. w. an den Kläger zu verurtheilen.

B. Actio commodati contraria (contrarium judicium, contraria actio, commodati contrarium judicium, contraria commodati actio).

a) Kläger sei als Commodatar activ,

b) Beklagter als Commodant passiv

zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Ersatz für Verwendungen, Schadensersatz, Cession von Forderungen gegen Dritte, Rückgabe einer gezahlten Entschädigungssumme oder Auslieferung der Sache u. d. m., oder um das Eine oder Andere.[17]

d) Der Grund der Klage bestehe im Allgemeinen darin, daß ein Commodat vorliege. Ferner ist zu behaupten:

falls auf Ersatz für Verwendungen geklagt wird: daß solche und zu welchem näher zu specificirenden Betrage vom Kläger gemacht und daß sie nothwendig oder nützlich gewesen oder in Folge eines besonderen Auftrages oder einer genehmigten negotiorum gestio vorgenommen seien[18];

wenn auf Schadensersatz angetragen wird: daß Kläger durch die näher nachzuweisende culpa lata[19] des Beklagten einen Schaden, und zwar einen wie hohen und näher zu specificirenden, erlitten habe;

---

[17] L. 17 §. 3 und 5, l. 18 §. 2 und 3, l. 22 D. h. t.

[18] Beklagter kann entgegnen, die Verwendungen seien im Interesse des Commodatars gemacht. Dahin gehört das ausgegebene Futter für commodirte Thiere, auch geringe Ausgaben an den Thierarzt oder für das Einfangen, wenn sie sich verlaufen haben. L. 18 §. 2 D. h. t.

[19] Im Fall eines Vortheils haftet der Commodant auch für culpa levis; und zwar für die s. g. culpa levis in abstracto oder in concreto, jenachdem nicht auch von einer Societät oder andererseits von einer solchen die Rede sein kann. Vgl. die zunächst freilich nur vom Commodatar handelnde l. 18 pr. D. h. t. Die Worte „pignori datis" bedürfen keiner Verbesserung. A. M. Hasse, Die Culpa des Römischen Rechts, 2. Auflage (Bonn 1838), §. 47. Die fraglichen Worte sind offenbar absichtlich gebraucht, um anzudeuten, daß der beiderseitige Vortheil noch nicht genüge, um den Gesichtspunkt einer Societät oder einer Haftung für die relative culpa levis gelten zu lassen. Es kann dessenungeachtet an einer Vereinbarung zu einem gemeinsamen Societätszweck fehlen, wie beim pignus, so daß dann wegen des beiderseitigen Vortheils der Commodant für die absolute culpa levis einstehen muß. Sonst könnte ja bei allen Verträgen mit beiderseitigem Vortheil immer nur die Haftung für die relative culpa levis eintreten.

im Fall der Klage auf Abtretung der in Betreff der commodirten Sache gegen Dritte dem Beklagten erworbenen Klagen: daß Kläger wegen des Verlustes der Sache dem Beklagten habe volle Entschädigung leisten müssen;

bei einem auf Rückgabe der gezahlten Entschädigungssumme oder auf Auslieferung der Sache gerichteten Antrage: daß Beklagter außer dem Schadensersatz später die Sache selbst wieder erhalten habe.[20]

e) Der Antrag ergibt sich aus dem Vorstehenden.

§. 246.

III. Hinterlegungsvertrag (depositum).

Es sind auch hier die Klage auf Uebernahme eines Depositums und die Klagen aus demselben, die directa und contraria, zu unterscheiden. Die erste Klage

1) desjenigen, dem die Uebernahme versprochen ist[1],

2) gegen den Versprechenden,

3) darauf, daß er die näher zu bezeichnende Sache zur Aufbewahrung übernehme, oder (bezw. und) den zu specificirenden Schaden ersetze, würde

4) dadurch zu begründen sein, daß Beklagter sich dem Kläger gegenüber unter dessen Acceptation obligirt[2] habe, die bezeichnete, bewegliche[3] Sache[4] ohne Vergütung[5] mit der Verpflichtung zur Detention, Aufbewahrung und demnächstigen Restitution derselben nebst der omnis causa[6] zu übernehmen[7]; Kläger auch ein rechtliches Interesse an der Erfüllung dieser Zusage habe, bezw. Kläger in Folge der nicht geschehenen, bezw.

---

[20] L. 17 §. 5 D. h. t.

[1] Auch ein Dieb kann es sein. L. 1 §. 39 D. depositi vel contra (16; 3). Sofern demselben ein Dolus zur Last fiele oder von Hehlerei die Rede sein könnte u. d. m., wäre eine Einrede gegründet.

[2] Man vgl. auch l. 5 §. 2 D. h. t.

[3] Bei einer unbeweglichen Sache ist es ein Mandat.

[4] Sie kann auch eine fremde sein, darf aber dem Empfänger nicht gehören. L. 15, l. 31 D. h. t. L. 45 pr. D. de R. J. (50; 17).

[5] Im Fall einer merces liegt eine locatio conductio vor. L. 1 §. 9 D. h. t. Besteht die Gegenleistung in dem Recht zur Benutzung, z. B. eines Pferdes, so ist ein unbenannter Realcontract vorhanden. L. 1 §. 9 D. h. t.

[6] L. 1 §. 24 D. h. t.

[7] Wenn A. den B. beauftragt, bei C. die Sache zu deponiren, eventuell sie selbst zur Aufbewahrung zu übernehmen und diese Eventualität eingetreten ist; oder wenn A. den B. beauftragt, von C. sich eine Sache geben zu lassen und diese dann für A. aufzubewahren, dies auch geschehen ist, so liegt ein Mandat vor. L. 1 §. 12 und 13 D. h. t. Desgl. auch immer beim mandatum custodiendae rei. L. 5 §. 4 D. de praesc. verb. (19; 5). L. 9 §. 3 D. de J. D. (23; 3).

nicht rechtzeitig oder nicht ordnungmäßig erfolgten Uebernahme[8] den bezeichneten Schaden erlitten habe.

5) Der Antrag geht dahin, Beklagten für schuldig zu erkennen, die Sache zum Depositum zu übernehmen, bezw. den angegebenen Schaden dem Kläger zu erstatten.

Bei der actio depositi directa (meistens depositi actio, seltener actio depositi, fast nie judicium depositi genannt) ist anzugeben:

1) Kläger sei als Deponent (deponens, depositor) activ zur Sache legitimirt.[9]

2) Beklagter sei als Depositar (depositarius, depositor) passiv zur Sache legitimirt.[10]

3) Es handle sich um Rückgabe der deponirten Sache nebst Früchten und der omnis causa[11] oder um Ersatz des zu specificirenden Schadens.[12]

---

[8] Beklagter kann einwenden, in Folge eines Zufalls außer Stande zu sein, bezw. gewesen zu sein, die Zusage zu erfüllen.

[9] Mehrere Deponenten oder Erben klagen pro partibus, es möchte sich denn um eine reell untheilbare Leistung handeln. Gegen Caution kann dann der Einzelne das Ganze verlangen. L. 1 §. 36 und 44, l. 14 pr. D. h. t. Dabei wird jedoch in Betreff der Erben vorausgesetzt, daß der größere Theil (berechnet nicht nach der Anzahl der Personen, sondern der Größe der Erbtheile) die Erbschaft angetreten habe. L. 14 pr. cit. Die Cautionsleistung kann durch den Antrag vermieden werden, daß Beklagter verurtheilt werde, ihm und seinen sämmtlichen Mitinteressenten die Sache herauszugeben. Wenn der Dieb oder Räuber Kläger ist, kann der Bestohlene oder Beraubte oder der Eigenthümer u. s. w. interveniren.

L. 31 D. h. t. C. P. O. §. 61.

Beklagter wird auch excipiren können, er habe die Sache dem Gericht oder der Polizeibehörde oder dem Bestohlenen oder dem Eigenthümer ausgeliefert, dadurch aber bewirkt, daß Kläger diesen nicht mehr hafte und somit auch sein Interesse, die Sache wiederzuerhalten, verloren habe.

[10] Von mehreren Depositaren haftet, sofern es sich um eine untheilbare Leistung oder um ein jedem ganz oder dem Beklagten allein zur Last fallendes grobes Verschulden oder um eine geschehene Uebernahme der solidarischen Haftung oder um Restitution der deponirten Sache handelt, jeder aufs Ganze. L. 1 §. 43 D. h. t. Mehrere Erben haften nach Maßgabe ihrer Erbtheile wegen Dolus oder groben Verschuldens des Erblassers (l. 7 §. 1 D. h. t.); aufs Ganze wegen eigenen Dolus oder eigener grober Culpa (l. 9, l. 22 D. h. t.).

[11] L. 1 §. 24, l. 16 D. h. t. L. 38 §. 10 D. de usur. (22; 1). Hat der Erbe des Depositars irrthümlich verkauft, so hat er den erhaltenen Preis dem Deponenten zu zahlen oder die Klage auf den noch nicht berichtigten Preis zu cediren, er möchte sich denn durch Rückkauf die Sache wieder verschaffen können. L. 1 §. 47, l. 2 und 3 D. h. t.

[12] Statt des duplum im Fall des Ableugnens beim s. g. depositum miserabile (dem tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa geschehenen — l. 1 §. 1 D. h. t. —) tritt jetzt das simplum ein.

Wenn bei einem s. g. depositum regulare von Geld letzteres vom Depositar eigen-

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß die fragliche Sache zur Deposition gegeben und angenommen, bezw. auch der Schaden durch Dolus oder grobes Verschulden[13] des Beklagten verursacht sei.

Wird ein Pupill, bei dem ohne auctoritas tutoris deponirt ist, belangt, so ist entweder sein Dolus und daß er doli capax gewesen sei oder die noch vorhandene Bereicherung zu behaupten.[14]

5) Der Antrag ergibt sich von selbst. —

Wenn die actio depositi contraria (contrarium judicium) angestellt wird, so gilt im Allgemeinen das, was von der actio commodati contraria im §. 245 gesagt oder sonst Rechtens ist; jedoch namentlich mit der Abweichung, daß der Deponent für geringe Culpa s. w. d. a. haftet, wobei auch l. 63 §. 5 D. de furtis — s. oben §. 110 Note 25 — zu beachten ist, und daß nur die actio depositi contraria, mit Ausschluß eines Retentionsrechts und Compensationsrechts, statthaft ist — c. 11 C. h. t. —.

Werden die Klagen (die actiones depositi) aus einem s. g. depositum irregulare[15] angestellt, so muß ein solches näher bezeichnet werden.

Dabei ist hervorzuheben,

1) daß es sich um eine Deposition[16];

---

mächtig zu seinem Nutzen verwandt ist, muß er ohne Weiteres Zinsen zahlen. C. 3 und 4 C. depositi vel contra (4; 34).

[13] Wenn es in der l. 1 §. 5 D. h. t. heißt, daß die Accessorien der deponirten Sache, z. B. die Kleidung des deponirten Sklaven, die Halfter des deponirten Pferdes, nicht deponirt seien, so hat dies nicht den Sinn, daß nicht die act. depositi wegen des deponirten Sklaven oder Pferdes in Ansehung dieser Accessorien anwendbar sei, sondern wohl die Bedeutung, daß nicht wegen deponirter Accessionen geklagt werden kann und ferner daß eine culpa lata nicht schon darin gefunden werden könne, daß diese Accessorien nicht besonders für sich beaufsichtigt worden. Vgl. auch L. 1 §. 41 D. h. t. und oben §. 245 Note 10. Hat der Depositar die Haftung für culpa levis übernommen, oder hat er sich zur Uebernahme des Depositums offerirt oder ist im Interesse des Depositars deponirt, so haftet er für geringe Culpa, ausnahmsweise sogar für den Casus. L. 4 pr. D. de R. C. (12; 1). L. 1 §. 25 und 35, l. 12 §. 3, l. 14 §. 1 D. h. t.

In solchen Fällen hat der Deponent den Grund der weiter gehenden Haftung thatsächlich darzulegen.

[14] L. 1 §. 15 D. h. t.

[15] Vgl. v. Vangerow a. a. O. §. 630. In den Fällen der l. 4 pr. D. de R. C. (12; 1) liegt ein depositum irregulare nicht vor, sondern vorläufig ein depositum regulare, bezw. ein mandatum, eventuell ein mutuum; jedoch mit Uebergang der Haftung für den Zufall in allen Fällen auf den Empfänger. Vgl. auch l. 11 pr. D. de R. C. (12; 1).

[16] Eine solche ist deshalb zu behaupten, weil sonst ein mutuum, als das regelmäßige Geschäft, anzunehmen sein würde. Bei einem Zweifel darüber, ob ein

2) von vertretbaren Sachen handle;

3) daß eine Summe Geldes unverschlossen und unversiegelt deponirt worden[17]; oder daß dem Depositar das Eigenthum und somit das Recht, die deponirten Sachen zu gebrauchen oder zu verbrauchen, ertheilt sei[18]; oder daß diese Befugniß mit dem Zusatz „sofern er dies wollen sollte" eingeräumt sei und er davon Gebrauch gemacht habe.[19]

Der Antrag geht bei der actio directa dahin, den beklagten Depositar zu verurtheilen: daß er gleiche Quantität, gleiches Genus und gleiche Qualität, und zwar mit Zinsen im Fall einer zu behauptenden Uebereinkunft[20] oder Mora[21] zu restituiren habe. —

Wenn in Folge einer Sequestration die actio depositi sequestraria directa oder contraria[22] angestellt wird, so ist zur Begründung eine Sequestration zu behaupten, d. i. die Anvertrauung einer unbeweglichen oder beweglichen Sache, oder einer Person[23] an den Sequester ohne Lohn[24] entweder auf Anordnung des Richters (s. g. seque-

---

mutuum oder depositum irregulare vorliege, würde ersteres, als das Regelmäßige, bei einem ursprünglichen depositum regulare jedoch letzteres als das weniger Abweichende anzunehmen sein. Auch in den Fällen der Noten 18 und 19 kann ich ein mutuum im Gegensatz gegen ein depositum irregulare ungeachtet der l. 9 §. 9 und l. 10 D. de R. C. (12; 1) und gegen die Ansicht von Arndts a. a. O. §. 286 a. E. nur dann annehmen, wenn offenbar die Absicht der Contrahenten auf die Verwandlung des ursprünglichen depositum irregulare in ein mutuum gerichtet war; im Zweifel also nicht. Die l. 9 §. 9 geht von einer solchen offenbaren Absicht aus, wie der Ausdruck „qui mutuum rogavit" ergibt. Die l. 10 spricht gar nicht von einem mutuum. Die Worte „creditam non esse" können an sich sowohl auf ein depositum irregulare, wie auf ein mutuum bezogen werden.

[17] L. 31 D. loc. cond. (19; 2): „si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam, neque obsignatam traderet."

[18] Dies ist im Zweifel anzunehmen, wenn dem Depositar nachträglich auf seine Bitte hin der Gebrauch gestattet ist. L. 9 §. 9 D. de R. C. (12; 1). L. 34 pr. D. mand. v. contra (17; 1).

[19] L. 10 D. (12; 1) in den Worten „si voles". L. 1 §. 34 D. h. t. in den Worten „si voluisses".

[20] L. 24, l. 26 §. 1, l. 28 D. h. t. Die Uebereinkunft konnte nach Röm. Recht auch ein s. g. pactum initio adjectum sein.

[21] L. 24, l. 25, §. 1 D. h. t.

[22] L. 5 §. 1 und 2, l. 6, l. 7 pr., l. 12 §. 2, l. 17 pr. §. 1 D. h. t.

[23] L. 3 §. 6 D. de lib. exh. (43; 30).

[24] Die der Regel nach dem Depositum entsprechend zu behandelnde Sequestration kann auch in ein Mandat oder eine locatio conductio übergehen, so daß in solchen Fällen gegen eine actio mandati sequestaria, actio locati sequestaria oder actio conducti sequestaria weiter Nichts zu erinnern wäre, als daß sequestraria in diesen Verbindungen nicht quellenmäßig ist. Vgl. Mackeldey a. a. O. §. 712 und Windscheid a. a. O. §. 380. Wenn auch die Verwaltung übertragen wäre, läge in so fern ein Mandat vor. Im Fall eines Lohns für die Verwahrung oder Verwaltung würden im Allgemeinen die Regeln der locatio conductio anwendbar sein.

stratio necessaria) oder durch Private (s. g. sequestratio voluntaria), zu dem Zweck, um die, im Fall einer entsprechenden Vereinbarung oder offenbaren Absicht in den juristischen Besitz des Sequesters übergehende Sache oder die Person, namentlich auch vor Erledigung streitiger Ansprüche in Betreff derselben, oder diese Ansprüche selbst zu sichern.

Bei der actio directa ist insbesondere die Activlegitimation des Klägers und die Nativität der Klage zu beachten. Klagt ein Anderer, als der oder die, welche den Gegenstand oder die Person dem Sequester anvertraut haben, also bei einer nothwendigen Sequestration ein Privater oder bei einer freiwilligen Mehrerer ein Einzelner, so ist jedenfalls sein Klagerecht besonders zu begründen, z. B. durch die Behauptung, daß wegen eines Streits über die Sache sequestrirt und daß dieser zu Gunsten des Klägers rechtskräftig entschieden sei.[25]

Klagen die mehreren Deponenten gemeinschaftlich auf Rückgabe, so gehört es nicht zur Begründung der Klage, daß die Erledigung des Streites behauptet werde.

Mit der actio contraria wird der Sieger allein belangt werden können.

§. 247.

IV. Pfandvertrag (pignus).

Das s. g. pactum de pignore dando begründet die actio de pecunia constituta. Es kann in dieser Hinsicht auf das, was hierüber bereits bei der Bürgschaft und dem s. g. constitutum debiti proprii bemerkt ist, Bezug genommen werden.

Zur Begründung der actiones (seltener judicia) in personam pigneraticiae (oder pigneraticiae) directa und contraria muß behauptet werden, daß unter den Parteien[1] ein Pfandvertrag vorliege, d. i. daß der

---

[25] C. 5 C. h. t. Vgl. l. 9 §. 3 D. de dolo malo (4; 3), welche auch bei einer einseitigen Sequestration, selbst wenn durch Dolus des Gegners die Entscheidung der Streitsache nicht möglich ist, dem Geber gegen den Sequester nicht die act. sequestraria oder mandati, sondern eine actio praescriptis verbis, subsidiär wider den Gegner die actio doli gibt. Dies kann sich jedoch nur auf den Fall beziehen, wenn der Sequester auch dem Gegner gegenüber gebunden ist, z. B. dieser im Voraus oder nachträglich in die Sequestration eingewilligt hat. —

Wenn übrigens Arndts a. a. O. §. 287 gestützt auf l. 110 D. de V. S. (50; 16) und l. 6 D. h. t. eine Sequestration nur bei der Anvertrauung von Seiten Mehrerer annimmt, so ist dies nach l. 9 §. 3 cit. doch nicht zu rechtfertigen.

[1] Von dem dritten Eigenthümer oder Besitzer kann die act. pignoraticia nur angestellt werden, wenn sie ihm cedirt ist; und gegen denselben nur, wenn er nach dem Gesetz als Nachfolger in das Pfand, d. i. als Pfandgläubiger zu behandeln ist,

einen Partei, dem Gläubiger (creditor pignoraticius), von der anderen, mag diese der Schuldner sein oder nicht, eine bewegliche oder unbewegliche Sache [2] übergeben sei, damit sie als Faustpfand [3] (pignus, res pignorata, res pignoraticia) ihm die Berichtigung seiner Forderung sichere.[4] Wird eine andere Entstehungsart des Pfandes, als die durch Vertrag, behauptet, so genügt dies im Allgemeinen, indem dann unsere Klagen als actiones utiles anwendbar sind.[5]

Falls die actio directa (meistens durch pignoraticia actio bezeichnet) auf Rückgabe [6] angestellt wird, ist die Tilgung (Solution oder Satisfaction) der Forderung [7] oder die sonstige Aufhebung des Pfand-

---

oder wenn er sich dem Kläger gegenüber obligirt hat, oder auch dem zu Gunsten des Schuldners handelnden Gläubiger gegenüber, z. B. durch die Zusage, daß ersterer die dem letzteren abgekaufte Sache von ihm, dem Käufer, wieder solle einlösen können (c. 5 C. si vend. pign. ag. [8; 29]; l. 13 pr. D. de pignoraticia actione vel contra [13; 7]; cap. 6 X. de pign. [3; 21]; vgl. auch l. 26 pr. D. dep. v. contra [16; 3]). Ob eine Cession oder die Uebernahme einer Obligation vorliege, ist quaestio facti. Es kann z. B. in der Veräußerung der mit einer Hypothek belasteten Sache von Seiten des Schuldners an einen Dritten eine Cession der act. pignoraticia directa auf Rückgabe der Schuldurkunde nach Tilgung der Schuld liegen.

[2] Auch eine fremde. L. 9 pr. §. 4 D. h. t. Nicht eine Sache des Empfängers. L. 45 pr. D. de R. J. (50; 17): „Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest."

[3] Bei der Hypothek sind die act. pignoraticiae directa und contraria auch anwendbar, z. B. die act. directa auf Ertheilung eines Löschungsconsenses, wenn protokollirt ist und ohne solchen nicht delirt werden kann, oder auf Rückgabe der Sache, wenn der Gläubiger nachträglich die Detention erhalten hat, etwa mittels der actio hypothecaria. Hat dieser dann Verwendungen gemacht, so steht ihm auch die act. contraria zu.

[4] L. 9 §. 1 D. h. t.

[5] L. 11 §. 5 D. h. t. L. 6 D. de distr. pign. (20; 5). L. 5 §. 21 D. ut. in poss. leg. s. fid. c. e. l. (36; 4). L. 34 D. de damno inf. (39; 2).

[6] §. 4 J. quib. mod. re c. o. (3; 14). Die omnis causa ist mit zu restituiren. Es war dahin nach l. 22 pr. D. h. t. und l. 12 §. 2, l. 14 §. 5—7, l. 47 §. 1—5, l. 87 D. de furtis (47; 2) auch das, was der Gläubiger mit der actio furti von einem Dritten erlangt hatte, insofern zu rechnen, als

a) der Creditor nicht auf Grund seiner Verpflichtung zur Custodia, sondern als Creditor geklagt, aber der Werth des Pfandes seine Forderung überstiegen hatte und er demnach das duplum oder quadruplum nach Verhältniß ausliefern mußte;

b) von dem mit der actio furti auf Grund der Verpflichtung zur Custodia Erlangten die Schuld nicht gekürzt, sondern anderweitig berichtigt war. Vgl. Hasse, Culpa, §. 91.

[7] L. 9 §. 3 D. h. t. L. 30 §. 1 D. de exc. rei jud. (44; 2). Vgl. auch E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 95. Die Tilgung kann auch noch während des Processes geschehen. L. 9 §. 5 D. h. t.: „Qui ante solutionem egit pignoraticia,

rechts[8] oder die Versetzung des Gläubigers in mora accipiendi[9] oder daß eine Hauptschuld gar nicht zu Stande gekommen sei[10], zu behaupten.[11]

Im ersteren Fall darf die Tilgung nicht durch Veräußerung des Pfandes veranlaßt sein. Verjährung der Forderung ist keine ausreichende Tilgung. Zahlung oder Satisfaction ist erforderlich. Dies entspricht offenbar am meisten der Absicht der Betheiligten. Bei der fiducia erscheint dies als selbstverständlich; beim pignus auch wohl noch und bei der Hypothek ist es erklärlich, daß man solches annahm, da man einmal daran gewöhnt war. Diese materielle Lage der Sache führte dann wohl zu einer ziemlich beschränkten Fassung der Formel bei der actio hypothecaria und bei der actio pignoraticia directa. Bei ersterer ward natürlich die exceptio, bei letzterer der Klagegrund der Tilgung beschränkt auf Zahlung oder Satisfaction. Unser Satz hängt übrigens vielleicht mit der Proceßconsumtion zusammen, die sowenig, wie eine Verurtheilung (im Gegensatz gegen eine Freisprechung des Schuldners) in Ansehung der Forderung aus der Hauptobligation doch unmöglich das Pfandrecht (actio wie exceptio pignoraticia) beseitigen konnte — vgl. auch l. 13 §. 4 D. de pign. (20; 1) —.

Wird die Klage wegen mora creditoris angestellt, so ist die Verurtheilung zur Rückgabe gegen Zahlung der Schuld zu beantragen.

Hat der Gläubiger beim Verkauf einen Ueberschuß erlangt, so

---

licet non recte egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam et quod sua interest consequi."

Beklagter könnte einwenden, daß die Tilgung durch eine in integrum restitutio oder eine actio restitutoria, z. B. die actio Pauliana, rückgängig gemacht sei. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 267.

[8] L. 9 §. 3, l. 24 §. 3 D. h. t. Dahin gehört die freiwillige Annahme einer anderen Sicherheit anstatt des Pfandrechts. L. 10 D. h. t. L. 6 §. 1 und 2 D. quib. mod. pign. v. h. s. (20; 6). Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 112.

[9] L. 9 §. 5, l. 20 §. 2 D. h. t. L. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. v. h. s. (20; 6). L. 1 pr. §. 4 D. de migr. (43; 32). Windscheid a. a. O. §. 346 Note 4 hält nach späterem (Codex-) Recht gerichtliche Hinterlegung für nothwendig. Vgl. auch c. 10 und 12 C. de pignoratitia actione (4; 24); c. 12 C. de comp. (4; 31); c. 20 C. de pign. (8; 13); c. 2 C. de partu pign. et omni causa (8; 24); c. 3 C. de luit. pign. (8; 30).

[10] L. 11 §. 2 D. h. t. Daß eine Hauptschuld zu Stande gekommen sei, muß der Regel nach der Gläubiger beweisen — c. 10 C. h. t.; c. 1 C. de non num. pec. (4; 30) —, weil die in der Verpfändung liegende Anerkennung meistens nur eine solche im weiteren Sinne ist, und zwar im Allgemeinen einem außergerichtlichen Geständniß gleich behandelt werden muß. Vgl. auch oben §. 17 Note 7; §. 219 Note 8 und §. 222 Note 16.

[11] Die Einrede der lex commissoria würde ungeachtet des Bundesgesetzes, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867, unstatthaft sein. Die lex commissoria gilt auch nach diesem Gesetz nicht, weil sie nicht eine eigentliche Conventionalstrafe, die allerdings zulässig ist, begründet. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 86 und 4. B. Nr. 12.

kann, unter Angabe dieses Umstandes, mit der actio directa auf Auszahlung[12] dieses Ueberschusses geklagt werden, und zwar mit Zinsen, wenn Beklagter solche durch verzinsliches Ausleihen erzielt oder wenn er das Geld im eigenen Nutzen verwandt hat oder in Mora versetzt ist.[13]

Wenn die actio directa auf das Interesse wegen Culpa angestellt wird, so muß das Interesse, die Culpa[14] und der ursachliche Zusammenhang beider näher specificirt und bezw. begründet werden. Ist die actio directa indessen gar nicht auf die Culpa zu stützen, z. B. sofern es sich um Rückgabe der verpfändeten Sache nach Tilgung der Schuld handelt, so braucht Kläger auch die Culpa nicht zu behaupten.

In dem Beispiel hätte Beklagter gegen die Klage auf Rückgabe einzuwenden, daß er ohne seine culpa levis nicht restituiren könne. Bewiese er die Unmöglichkeit der Rückgabe, aber nicht den Mangel seiner culpa levis, so würde er auf den noch in der Replik statthaften Antrag des Klägers das Interesse zu leisten haben.

Die Möglichkeit der exceptio doli gegen die Klage auf Herausgabe des Pfandes oder eines Ueberschusses wegen chirographarischer Forderungen oder wegen Uebernahme der Haftung für Eviction beim Verkauf verpfändeter oder mitverpfändeter Sachen und daher erst zu leistender Caution oder Schadloshaltung[15] braucht nicht in der Klage bestritten zu werden. Will Kläger das bezügliche Retentionsrecht oder die Uebernahme der Haftung für Eviction bestreiten, bezw. die Caution leisten, so kann dies noch rechtzeitig in der Replik geschehen. —

Wird die actio contraria (pignoraticia contraria actio, contraria pignoraticia actio, contrarium judicium) auf Ersatz für Verwendungen angestellt, so sind diese genauer zu specificiren. Auch ist die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit oder die im Voraus oder nachträglich ertheilte Zustimmung des Pfandgebers zu behaupten.[16]

Bezüglich des Interesses wegen Culpa, juristischer oder natürlicher, den Verpfänder der Regel nach verpflichtender Mängel der verpfändeten Sache[17] gilt das in Ansehung des Interesses von der actio directa Bemerkte.

---

[12] C. 5 C. si vend. pign. ag. (8; 29). Mit einer Abtretung der Klage gegen den Käufer auf das noch rückständige überschießende Kaufgeld braucht der Kläger sich nicht abfinden zu lassen. L. 42 D. h. t. S. jedoch auch l. 24 §. 2 D. h. t.

[13] L. 6 §. 1, l. 7 D. h. t.

[14] L. 43 pr. D. h. t. Die Culpa kann in einem widerrechtlichen Verkauf; nicht darin, daß das Verkaufsrecht, welches selbst einer Concursmasse gegenüber keine Pflicht ist, nicht ausgeübt worden, bestehen. L. 4, 5, 6 pr. D. h. t. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 11.

[15] L. 8 §. 1 D. h. t.

[16] L. 8 pr., l. 25 D. h. t.

[17] L. 16 §. 1 D. h. t. Es werden im Allgemeinen die über die Eviction und die über heimliche Fehler einer verkauften Sache geltenden Regeln maßgebend sein.

Die actio contraria auf Herausgabe des Pfandes könnte unter Anderem darauf gestützt werden, daß Kläger dem Beklagten selbiges precario eingeräumt habe, oder vermiethet und die Miethe beendigt sei, oder Beklagter ihm den Besitz des Pfandes widerrechtlich entzogen habe.[18]

Besondere Fälle der actio pignoraticia directa können nach dem H. G. B. Art. 310 und 311 vorkommen und Art. 313—315 führen zu einer besonderen actio, die mit Rücksicht auf den quellenmäßigen Ausdruck „quasi pignus" als quasi-pignoraticia contraria bezeichnet werden kann.

1. Der Art. 310 lautet:

„Ist die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften schriftlich erfolgt, so kann der Gläubiger, wenn der Schuldner im Verzuge ist, sich aus dem Pfande sofort bezahlt machen, ohne daß es einer Klage gegen den Schuldner bedarf.

Der Gläubiger hat die Bewilligung hierzu unter Vorlegung der erforderlichen Bescheinigungsmittel bei dem für ihn zuständigen Handelsgerichte nachzusuchen, von welchem hiernach ohne Gehör des Schuldners und auf Gefahr des Gläubigers der Verkauf der verpfändeten Gegenstände oder eines Theils derselben verordnet wird.

Von der Bewilligung, sowie von der Vollziehung des Verkaufs hat der Gläubiger den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; unterläßt er die Anzeige, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Um den Verkauf zu bewirken, ist der Nachweis der Anzeige nicht erforderlich."[19]

Die Klage auf den angegebenen Schadensersatz ist die actio pignoraticia directa. Zu deren Begründung wäre zu behaupten:

a) die Activlegitimation des Klägers, d. i. des Schuldners;

b) die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Gläubigers;

c) der Gegenstand, d. i. der näher zu specificirende Schaden;

d) der Grund. Dieser besteht darin, daß unter den Parteien als Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften die Bestellung eines Faustpfandes schriftlich erfolgt sei, daß der Beklagte wegen Verzuges des Klägers die Bewilligung zum Verkaufe und den Verkauf gerichtlich erwirkt, aber von der Bewilligung oder von der Vollziehung des Verkaufes den Schuldner nicht sofort, obschon solches thunlich

---

[18] L. 3, l. 22 §. 3, l. 35 §. 1 D. h. t.

[19] Vgl. auch H. G. B. Art. 374, 375, 382, 387, 409, 626. Das Gericht hat nach seinem Ermessen über die Art und Weise des Verkaufs zu beschließen; es braucht also kein öffentlicher Verkauf verordnet zu werden. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 218.

gewesen wäre, benachrichtigt habe und daß dadurch als Ursache dem letzteren der specificirte Schaden entstanden sei.[20]

e) Hieran ist dann der erforderliche Antrag zu knüpfen.

2. Art. 311 bestimmt:

„Wenn die Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten aus beiderseitigen Handelsgeschäften erfolgt und schriftlich vereinbart ist, daß der Gläubiger ohne gerichtliches Verfahren sich aus dem Pfande be- befriedigen könne, so darf, wenn der Schuldner im Verzuge ist, der Gläubiger das Pfand öffentlich verkaufen lassen; er darf in diesem Falle, wenn die verpfändeten Gegenstände einen Börsenpreis oder einen Marktpreis haben, den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zur Versteigerung befugten Beamten[21] zum laufenden Preise bewirken. Vor der Vollziehung des Verkaufs hat der Gläubiger den Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung der Anzeige ist er zum Schadensersatze verpflichtet."[22]

Von der actio pignoraticia directa auf Schadensersatz gilt im Allgemeinen das zu 1 Bemerkte, soweit nicht der Art. 311 etwas Anderes an die Hand gibt. Nur ist der Grund der Haftpflicht hauptsächlich der Mangel einer sofortigen, obschon thunlichen Benachrichtigung des Schuldners durch den Gläubiger blos von der Vollziehung des Verkaufs.[23]

---

[20] Wären die Voraussetzungen des Verkaufs gar nicht vorhanden, also die gerichtliche Bewilligung ungegründet, so könnten neben einer freilich auch zulässigen act. pignoraticia directa überdies die actio legis Aquiliae oder die subsidiäre Syndikatsklage anwendbar sein. Die actio legis Aquiliae ist aber wegen der strengeren Erfordernisse in Betreff des Gegenstandes (des damnum corpori datum) und die Syndikatsklage wegen der nothwendigen Culpa des Richters ohne sonderlichen Werth.

[21] Also nicht durch eine obrigkeitlich nicht auctorisirte Privatperson (E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 24), es möchte denn solches durch Vertrag gestattet sein (Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 236).

[22] Die im Art. 311 erwähnte Oeffentlichkeit ist nach Landesrecht zu bestimmen. Im Allgemeinen wird ein Verkauf durch eine zu solchen Verkäufen obrigkeitlich auctorisirte Person in einem Jedermann zugänglichen Local oder Raum nach vorhergegangener Bekanntmachung mit Zulassung eines jeden Bieters erforderlich sein. In Ansehung der Bekanntmachung s. Busch a. a. O. 33. B. S. 262.

Die Anwendbarkeit des Art. 111 schließt die des Art. 110 nicht aus, wenn die Pfandbestellung schriftlich erfolgt ist.

[23] Nach dem Bankgesetz vom 14. März 1875 §. 20 hat die Reichsbank, wenn der Schuldner eines im Lombardverkehr gewährten Darlehns im Verzuge ist, im Allgemeinen dasselbe Recht, welches der Art. 311 dem Gläubiger gewährt; jedoch mit der Abweichung, daß sie auch durch einen ihrer Beamten verkaufen lassen kann

3. In den Art. 313—315 ist Folgendes enthalten:

Art. 313. „Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) an allen beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners[24], welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind[25], sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere vermittelst Konnossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen.

Dieses Recht tritt jedoch nicht ein, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde."[26]

Art. 314. „Das in dem vorhergehenden Artikel bezeichnete Zurückbehaltungsrecht besteht unter den dort angegebenen Voraussetzungen selbst wegen der nicht fälligen Forderungen:

1) wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist, oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat;

2) wenn eine Exekution in das Vermögen des Schuldners fruchtlos vollstreckt oder wider denselben wegen Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrestes erwirkt worden ist.

In diesen Fällen steht auch die Vorschrift des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, dem Zurückbehaltungsrecht nicht entgegen, sofern die vorstehend unter 1. und 2. bezeichneten Umstände erst nach Uebergabe der Gegenstände oder nach Uebernahme der Verpflichtung eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden sind."

---

und daß sie zu einer Benachrichtigung über die Vollziehung des Verkaufs nicht verpflichtet ist. Die act. pignoraticia directa wäre daher nur anderweitig anwendbar, z. B. wenn Kläger sich gar nicht im Verzuge befunden hätte oder ein herauszugebender Ueberschuß durch den Verkauf erzielt wäre.

Man beachte zu den Art. 310 und 311 auch noch den Art. 312 sowie die Art. 343, 348 Abs. 5, 354, 365, 366, 375 des H. G. B.

[24] Ueber mangelndes Eigenthum des Schuldners vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 1.

[25] Materielle Connexität ist also nicht erforderlich. Vgl. auch H. G. B Art. 374.

[26] Wenn bei einem Kauf auf Besicht der Empfänger nicht genehmigt, würde er wegen des zweiten Absatzes des Art. 313 nicht retiniren dürfen. Makower a. a. O. zu Art. 313 Anm. 55 unter a.

Art. 315. „Der Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach dem Artikeln 313. oder 314. zusteht, ist verpflichtet, von der Ausübung desselben den Schuldner ohne Verzug zu benachrichtigen. Er ist befugt[27], wenn ihn dieser nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu beantragen; er kann sich aus dem Erlöse vor den anderen Gläubigern des Schuldners befriedigen. Der Gläubiger hat diese Rechte auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners."

Die in dem Art. 315 genannte Klage läßt sich nur als eine actio quasi-pignoraticia contraria bezeichnen, als eine Klage aus einem quasi-pignus oder Retentionsrecht, obschon dieses sonst nicht genügende Grundlage einer actio pignoraticia ist.

Zur Begründung ist anzugeben:

1) die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, welche das für den Kläger selbst oder auch das sonst für den Beklagten zuständige Gericht hat[28];

2) die Activlegitimation des Klägers, d. i. des Gläubigers;

3) die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Schuldners oder des Concursverwalters als gesetzlichen Vertreters der Concursmasse;

4) der Gegenstand, d. i. die Gestattung des Verkaufs der Gegenstände;

5) der Klagegrund. Dabei ist hervorzuheben: daß beide Theile Kaufleute seien; daß es sich um eine Forderung aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften handle; daß entweder diese Forderung fällig sei oder eine Concurseröffnung oder Zahlungseinstellung oder fruchtlose Executionsvollstreckung stattgefunden habe; daß die fraglichen, beweglichen Sachen oder Werthpapiere des Schuldners mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Klägers gekommen seien; daß er sie noch in seinem Gewahrsam habe oder sonst in der Lage sei, darüber zu verfügen; daß er von der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts den Schuldner ohne Verzug benachrichtigt und daß dieser ihn nicht rechtzeitig in anderer Weise gesichert habe.

6) Zu beantragen ist, daß das Gericht erkennen möge, Kläger sei berechtigt, den Verkauf der Gegenstände zu veranlassen.

Der Verkauf wird dann in gleicher Weise, wie bei gepfändeten

---

[27] Nicht verpflichtet, auch nicht der Concursmasse gegenüber. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 64.

[28] Eine ausschließliche Zuständigkeit des für den Kläger selbst zuständigen Gerichts läßt sich nicht rechfertigen. Art. 315 spricht nur von einer Befugniß und der §. 707 der C. P. O. paßt nicht.

Sachen, vorzunehmen, also ein Gerichtsvollzieher mit der Vornahme des Verkaufs auf Grund des mit der Vollstreckungsclausel versehenen Urtheils zu beauftragen sein.[29]

---

c. Litteralcontract.

(Vgl. oben §. 18 unter A b.)

Wechselrecht.[1]

§. 248.

Allgemeine Bemerkungen.

I. Klagen aus einem trassirten Wechsel oder bezüglich eines solchen.

Nachdem der ältere Römische, mit den Hausbüchern (codices oder tabulae accepti et expensi oder rationes domesticae) zusammenhängende Litteralcontract schon vor Justinian beseitigt war, wurde als ein solcher in seinen Institutionen der Fall aufgenommen, daß die exceptio non numeratae pecuniae nach Ablauf zweier Jahre ganz ausgeschlossen sein, d. i. die durch die Urkunde bezeugte causa (möglicherweise eine Stipulation, also eine formelle) mit Ausschluß eines Gegenbeweises den Verpflichtungsgrund bilden sollte.[2] Dieser übrigens sehr bestrittene Fall einer litterarum obligatio ist jetzt für Handelsgeschäfte

---

[29] Vgl. übrigens auch Makower a. a. O. zu Art. 315 Note 57 unter b.

[1] In den folgenden §§. 248—253 sind nur die wichtigsten Klagen aus dem Wechselrecht berücksichtigt. Ueber nicht berührte Klagen vgl. u. A.:

§. 45 und §. 58 (wegen Schadensersatzes);

§. 68 (auf Auslieferung des von mehreren ausgefertigten Exemplaren zum Accepte versandten Exemplars von Seiten des Indossatars oder des auf andere Weise zur Empfangnahme Legitimirten — mittels einer actio ad exhibendum oder rei vindicatio oder actio in rem Publiciana oder condictio ex lege, nicht auch actio utilis mandati oder depositi directa u. d. m. (vgl. Gruchot, Beiträge, XVIII. Jahrgang [Berlin 1874], S. 312—327) —;

§. 72 (auf Auslieferung des Originalwechsels von Seiten des auf einer mit einem Originalindossament versehenen Copie angegebenen Indossatars oder auf andere Weise zur Empfangnahme Berechtigten);

§. 73 (wegen Deposition gegen den Acceptanten);

§. 74 (wegen Herausgabe des Wechsels);

§. 81 (wegen Haftung des Mitunterzeichners, wie des Bürgen).

Zu empfehlen ist die erläuterte Wechselordnung von Kowalzig (Berlin 1882).

Die Wechselklagen lassen sich im Allgemeinen als actiones stricti juris bezeichnen; freilich zum Theil in anderer Weise, als es im Röm. Proceß solche gab. Vgl. auch Windscheid a. a. O. §. 46.

[2] Vgl. Gneist, Die formellen Verträge u. s. w. (Berlin 1845), S. 388 fg.; und Heimbach, Die Lehre von dem Creditum (Leipzig 1849), S. 669 fg.

schon nach dem H. G. B. Art. 295 und allgemein in Folge des §. 17 des E. G. zur C. P. O. unpraktisch geworden. Dagegen bildet eine solche jetzt der Wechselvertrag.[3] Derselbe ist ein reiner Litteralcontract, weil nicht blos die schriftliche Form nothwendig[4], sondern auch diese selbst der formelle Verpflichtungsgrund ist, welcher zur Begründung der Wechselklage ausreicht.[5] Das Fehlen einer materiellen causa debendi

---

[3] Das s. g. pactum de cambiando, als bloßes, wenn auch klagbares s. g. pactum de contrahendo ist noch kein Wechselvertrag. Die Hingabe eines acceptirten Wechselblankets an den Nehmer begründet die Wechselobligation erst mit erfolgter Ausfüllung. Eine Antedatirung durch den Nehmer würde bei letzterer stets widerrechtlich sein. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 24. Desgl. eine sonstige falsche Angabe, z. B. die einer zu hohen Summe, was aber, da hier die in rem wirkende s. g. exceptio falsi ausgeschlossen ist und nur eine in personam wirkende exceptio doli statthaft wäre, dem gutgläubigen Besitzer gegenüber nichts nützt. Daselbst 2. B. Nr. 26. E. d. R. O. G. H. 23. B. Nr. 73. Ueberhaupt sind der Nehmer, oder dessen Nachfolger (Erben, Indossatare, ein Concursverwalter, wenn der Nehmer in Concurs gerathen ist, u. d. m. — vgl. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 24 und 25; Busch a. a. O. 32. B. S. 169—171 und S. 302—303, sowie Gruchot, Beiträge, XVIII. Jahrgang [Berlin 1874], S. 806—808 —) nur zu Ausfüllungen befugt, die dem Willen des Gebers entsprechen. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 19. Er braucht letzteres aber nicht zu behaupten, wenn auch feststeht, daß ein Blanket gegeben sei. Vielmehr muß Beklagter eine Einrede, sofern er sie begründen kann, vorschützen. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 327. Busch a. a. O. 32. B. S. 301 und 302. Dabei ist jedoch vorauszusetzen, daß die fraglichen Ausfüllungen zur Herstellung eines ordentlichen Wechsels nothwendig waren. Bei anderen Zusätzen, z. B. einem Domicilvermerk, müßte der Nehmer darlegen, daß er dazu befugt gewesen sei. Busch a. a. O. Wenn der Nehmer das Blanket mit mehr Beschränkungen weiter gegeben hat, z. B. der zweite Nehmer dürfe statt der vom Acceptanten gutgeheißenen 1000 Mark nur 800 Mark eintragen und nun doch 1000 Mark eingetragen wurden, so könnte dies vom Acceptanten nicht gerügt werden. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 73. Ein vor der Ausfüllung verlorenes, wenn auch amortisirtes Wechselblanket gibt nie die Klage aus einem Wechsel. Ungeachtet der Amortisation ist eine Ausfüllung, also eine Beseitigung des Mangels, nicht mehr möglich. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 2.

[4] Dies genügt nicht. A. M. Dabelow, Einleitung in das gesammte positive Recht (Halle 1803), §. 1253.

[5] Vgl. oben §. 18A unter b.

Ueber die rechtliche Natur des Wechsels s. Gerber a. a. O. §. 206; Beseler, Deutsches Privatrecht, §. 235; Thöl, Handelsrecht, 2. B. 4. Auflage (Leipzig 1878), §. 17 fg.; Hartmann, Wechselrecht (Berlin 1869), §§. 34—36. Der Ausdruck „Litteralcontract oder litterarum obligatio" und dessen Vorhandensein beim Wechsel wird von fast Allen vermieden und verworfen. S. jedoch Schlesinger a. a. O. §. 12. Wenn Thöl a. a. O. §. 96 (20) in Ansehung des Begebungsvertrages sagt: „Unser heutiges Recht kennt keinen Litteralcontract, unter welchen der Wechselvertrag fiele. Will man den Wechselvertrag einen Litteralcontract wegen des Umstandes nennen, daß ein Wechselversprechen ohne einen Wechsel nicht entstehen und auch nicht verfolgt werden kann, so hat man einen Ausdruck, um auf diesen Umstand zu deuten",

kann mittels einer Einrede, Condiction u. d. m., ebenso wie bei der Römischen Stipulation, geltend gemacht werden.

Das Geben und Nehmen eines Wechsels gehört nie zur Klagbegründung, ist daher auch nicht in den Art. 4 und 96 der W. O. hervorgehoben. Es kann aber auch aus dem Mangel derselben, z. B. im Fall des Diebstahls eines völlig ausgestellten, aber noch nicht begebenen Wechsels, dem in Dolus oder grober Fahrlässigkeit befindlichen Kläger und Indossatar in Gemäßheit des Art. 74 der W. O. eine Einrede entgegengesetzt werden.[6a]

Noch weniger als das Geben und Nehmen gehört die Darlegung des Rechtsgeschäfts, welches den Wechsel veranlaßt hat, zur Begründung der Klage. Dies gilt auch von einem Depotwechsel.

Die Identität des Klägers oder des Beklagten mit den bezüglichen im Wechsel genannten Personen braucht Kläger nicht besonders zu behaupten. Generell behauptet er sie durch die Klage. Er muß sie im Leugnungsfalle auch beweisen, sofern sie nicht gerichtskundig ist. Wann der Beweis als ausreichend zu betrachten sei, hängt vom richterlichen Ermessen ab.[6b] Im Urkunden- und Wechselproceß müßte der Beweis durch Urkunden geführt werden.

I. Die Klage aus einem trassirten Wechsel erfordert zu ihrer Begründung im Einzelnen folgende Behauptungen:

1) Im Allgemeinen:

A. daß ein schriftliches Verpflichtungsdocument als Wechsel oder, wenn der Wechsel in einer fremden Sprache ausgestellt ist, mit dem entsprechenden Ausdruck in der fremden Sprache bezeichnet sei;

B. daß der Wechsel die zu zahlende Geldsumme enthalte, wobei ein Zinsversprechen als nicht geschrieben gilt und die Buchstabensumme der Ziffersumme, sodann die geringere der größeren vorgehe;

C. daß er den Namen der Person oder der Firma, an welche oder deren Ordre gezahlt werden soll (des Remittenten, der auch der Aussteller selbst sein kann — Wechsel an eigene Ordre —), enthalte;

---

so ist der erste Grund schon deshalb gleichgültig, weil die Existenz des Litteralcontracts nicht durch eine Mehrheit von einzelnen darunter zu stellenden Fällen bedingt ist und der folgende Satz nicht der Sachlage entsprechend. Dabei fehlt gerade der hauptsächlich in Betracht kommende Umstand, daß es einer materiellen causa debendi nicht bedarf.

[6a] Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 157.

[6b] Der Umstand, daß Kläger im Besitz des Wechsels und Protestes sich befindet, begründet schon eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, unter Umständen vollen Beweis für seine Identität. E. d. R. O. H. G. 9. B. Nr. 9.

D. daß er die Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, angebe, welche Zeit für die gesammte Geldsumme nur eine und dieselbe sein und nur festgesetzt werden kann auf einen bestimmten Tag[7], auf Sicht, auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung oder auf eine Messe oder einen Markt[8];

E. daß der Aussteller[9a] den Wechsel mit seinem Namen[9b] oder seiner Firma unterschrieben[9c] habe;

F. daß der Wechsel die Angabe des Orts, Monatstages und Jahres der Ausstellung enthalte;

G. daß derselbe den Namen der Person oder die Firma, welche die Zahlung leisten soll (des Bezogenen oder Trassaten, der, sofern die Zahlung an einem anderen Orte, als dem der Ausstellung geschehen soll, auch der Aussteller sein kann — trassirt-eigener Wechsel —), enthalte;

H. daß der Zahlungsort aus dem Wechsel hervorgehe, mag ein besonderer Zahlungsort angegeben sein oder nicht, in welchem letzteren Falle der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen gilt[10];

J. überdies, wenn nicht der besitzende Remittent, bezw. der besitzende Aussteller klagt, daß der Wechsel vom Remittenten oder einem Nachmann entweder an den Kläger oder in blanco, wenn auch nur zur Eincassi-

---

[7] Gilt dabei auch l. 41 pr. D. de V. O. (45; 1)? Dies ist wohl anzunehmen.

[8] Mehrere Zahlungszeiten bewirken Ungültigkeit. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 39. Die Angabe „auf ein Jahr zahlen Sie" anstatt „ein Jahr a dato zahlen Sie", ist ungenügend. Busch a. a. O. 31. B. S. 100—101.

[9a] Es ist allgemein zu beachten, daß der, welcher civilrechtlich für die von einem Anderen contrahirten Schulden haftet, z. B. eine Ehefrau für Schulden des Mannes in Folge Gütergemeinschaft, als Wechselschuldner doch nur dann belangt werden könnte, wenn er Erbe geworden wäre oder mitunterzeichnet hätte oder in gültiger Vertretung für ihn unterzeichnet wäre. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 17. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 178. Bei der Wechselschuld einer offenen Handelsgesellschaft ist aber ohne Weiteres auch jeder Gesellschafter Wechselschuldner. Daselbst Nr. 229.

[9b] Sofern nur die Identität feststeht, ist der Vorname nicht erforderlich. Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 93. Unter gleicher Voraussetzung würden auch Mängel der Unterschrift von nicht wesentlicher Art unerheblich sein. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 66.

[9c] Es „genügt Namenszeichnung quer über den Wechsel nicht". E. d. R. O. H. G. 9. B. Nr. 115.

[10] Die Angabe mehrerer Zahlungsorte macht den Wechsel ungültig. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 67. Busch a. a. O. 31. B. S. 101. Dagegen schadet „das Vorhandensein mehrerer Orte desselben Namens nicht". Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 207. Indessen wird dabei doch vorausgesetzt werden müssen, daß es den Umständen nach nicht zweifelhaft sein kann, welcher Ort gemeint sei.

rung oder in Procura u. d. m. indossirt sei[11], und daß Kläger den Wechsel besitze.[12]

Beim Procuraindossament ist aber der Indossant zur Sache, der Indossatar zum Proceß legitimirt.[13]

In Ansehung der aufgeführten wesentlichen Erfordernisse eines trassirten Wechsels verweise ich noch auf die genauen Angaben in den Beiträgen von Gruchot, XVIII. Jahrgang (Berlin 1874), S. 161—312.

§. 249.

A. Die Klage aus einem trassirten Wechsel auf Zahlung.

Außer diesen allgemeinen Erfordernissen einer jeden Klage aus einem trassirten Wechsel (§§. 249 und 250), deren Angabe in der Klageschrift durch Bezugnahme auf den der Klage beigefügten gültigen Wechsel oder eine Abschrift desselben ersetzt wird, ist erforderlich:

2) im Besonderen:

A. wenn geklagt wird auf Zahlung, die Behauptung, daß die Zahlungszeit eingetreten sei. Diese ergibt sich der Regel nach schon aus dem Obigen.

Das Genauere ist aus der W. O. Art. 19, 20, 30, 31, 62—65 zu ersehen.

---

[11] W. O. Art. 4, 9—12 und 17. Nürnb. Nov. zu Art. 4 unter 4. Auch derjenige kann die Rechte des Wechselinhabers geltend machen, welcher zuerst als Indossatar, dann als Indossant auf der Rückseite steht, wenn seine Indossation eine solche in blanco ist. Sonst müßte seine Indossation erst ausgestrichen werden. — E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 73; E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 16 — oder es wäre Befriedigung des Nachmanns durch den Indossanten im Regreßwege zu behaupten, was durch den Besitz des Wechsels und Protestes bis zum Beweise des Gegentheils als bewiesen gilt. Busch a. a. O. 34. B. S. 317—318. Die Legitimation eines Inhabers kann nicht nach Verfall und Protest durch ein vorprotestliches Blancogiro geführt werden. Daselbst 2. B. Nr. 22. W. O. Art. 16. Kierulff, Entscheidungen d. O. A. G. zu Lübeck, II. Jahrgang (1866), Nr. 20. Die „Verwandlung eines Vollgiros mittelst Durchstreichung des Transportvermerks in ein Blankogiro" macht es ungewiß, „ob die Unterschrift als solche zu einem Vollgiro oder als Blanko-Indossament gegeben sei." Mithin ist der Inhaber des Wechsels nicht in Gemäßheit des Art. 36 der W. O. legitimirt. Busch a. a. O. 33. B. S. 264. Ueber die Activlegitimation des Ehrenzahlers zur Sache vgl. W. O. Art. 63 und 64.

[12] Busch a. a. O. 31. B. S. 102—106.

[13] E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 40.

a) Wird auf Zahlung des trassirten Wechsels gegen den Acceptanten geklagt, so ist die gesetzmäßige Annahme oder Acceptation des trassirten Wechsels zu behaupten.

„Die Annahme des Wechsels muß auf dem Wechsel schriftlich geschehen.“[1]

„Jede auf den Wechsel geschriebene und von dem Bezogenen unterschriebene Erklärung gilt für eine unbeschränkte Annahme, sofern nicht in derselben ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Bezogene entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Einschränkungen annehmen wolle.“[2]

„Gleichergestalt gilt es für eine unbeschränkte Annahme, wenn der Bezogene ohne weiteren Beisatz seinen Namen oder seine Firma auf die Vorderseite des Wechsels schreibt.“[3]

„Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden.“[4]

„Der Bezogene kann die Annahme auf einen Theil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränken.“[5]

„Werden dem Akzepte andere Einschränkungen beigefügt, so wird der Wechsel einem solchen gleichgeachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist; der Akzeptant haftet aber nach dem Inhalt seines Akzeptes wechselmäßig.“[6]

„Der Bezogene wird durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet, die von ihm akzeptirte Summe zur Verfallzeit zu zahlen.“[7]

„Auch dem Aussteller haftet der Bezogene aus dem Akzepte wechselmäßig.“[8]

---

[1] W. O. Art. 21 Abs. 1.

Dem Acceptanten, wie auch dem Aussteller und Indossanten des Wechsels steht der gleich, welcher das Accept, den Wechsel, die Wechselcopie oder das Indossament mitunterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per aval) benannt hat. W. O. §. 81. Seine wechselmäßige Verpflichtung ist eine principale. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 5. Die Klage gegen den Acceptanten, auch wenn sie vom Aussteller erhoben wird, ist stets eine directe Klage, nie eine Regreßklage. Busch a. a. O. 31. B. S. 47.

[2] W. O. Art. 21 Abs. 2. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 66.

[3] W. O. Art. 21 Abs. 3.

[4] W. O. Art. 21 Abs. 4.

[5] W. O. Art. 22 Abs. 1.

[6] W. O. Art. 22 Abs. 2.

[7] W. O. Art. 23 Abs. 1.

[8] W. O. Art. 23 Abs. 2. Bei der Klage des Ausstellers als solchen müßte hervorgehoben werden, daß der Acceptant nicht gezahlt habe, Protest erhoben sei, der Aussteller im Regreßwege die verlangte Summe s. w. d. a. habe zahlen müssen, er sich auch im Besitz des Wechsels und Protestes befinde.

„Domizilirte Wechsel sind dem Domiziliaten oder, wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Bezogenen selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domizilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren. Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiziliaten [9] verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch nicht nur gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch gegen den Akzeptanten verloren." [10]

„Zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Akzeptanten bedarf es, mit Ausnahme" (dieses) „Falles, weder der Präsentation am Zahlungstage [11], noch der Erhebung eines Protestes." [12]

Die Verpflichtung des Ehrenacceptanten gegenüber den sämmtlichen Nachmännern des Honoraten (im Zweifel des Ausstellers) durch die Annahme erlischt indessen, „wenn dem Ehrenakzeptanten der Wechsel nicht spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage zur Zahlung vorgelegt wird." [13]

Der Art. 44 gestattet nicht eine Klage gegen den Acceptanten ohne Präsentation zur Zahlung. In Gemäßheit des Art. 91 ist diese nothwendig, also bei der Klage zu behaupten. Ohne solche Präsentation fehlt ein Erforderniß der Nativität der Klage. Dagegen ist eine Protesterhebung für die Klage gegen den Acceptanten im Allgemeinen nicht

[9] An dem Orte, wohin domiciliirt ist; nicht an dem inzwischen veränderten Wohnorte des Domiciliaten. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 75. Ist ein Domiciliat nicht genannt, also beim Bezogenen selbst zu protestiren, so ist der Protest allerdings nothwendig, um den Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten zu erhalten, aber nicht, um ihn auch gegen den Acceptanten selbst zu erhalten. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 155. Bei Zusätzen, wie: „bei oder an der Bank oder Cassa" ist der Regel nach anzunehmen, daß durch einen Angestellten der Bank oder Kasse gezahlt werden solle. Es ist also ein Domiciliat vorhanden. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 7. Nur der Aussteller des Wechsels kann eine Domiciliirung vornehmen. Schl.-Holst. A. v. 1866, S. 233 fg., v. 1876, S. 13. — Die eigenmächtige Hinzufügung eines Domicilvermerks von Seiten eines Anderen, als des Ausstellers, begründet die Einrede der Fälschung. Dieselbe wirkt in rem; setzt aber voraus, daß der erhobene Anspruch ohne das Gefälschte nicht begründet wäre, es möchte denn durch die Fälschung die sonst gültige Grundlage mitbeseitigt sein, was freilich bei der Hinzufügung eines Domicilvermerks kaum denkbar ist. Vgl. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 113.

„Auch der vom Wechselzieher benannte Domiziliat gilt als Mandatar des Acceptanten; ein Mandatsverhältniß zwischen ihm und dem Wechselzieher ist nicht anzunehmen." Striethorst's Archiv 34. B. Nr. 56.

[10] W. O. Art. 43.

[11] Auch nicht im Fall des Art. 31. Wenn aber auch Verzugszinsen von diesem Tage an verlangt werden, ist die Präsentation an diesem Tage zu behaupten; sonst könnten sie erst von einem späteren Präsentationstage an gefordert werden.

[12] W. O. Art. 44.

[13] W. O. Art. 60.

nothwendig. Die mildere Ansicht, daß es auch einer Präsentation nicht bedürfe[14a], verstößt gegen das Wechselrecht.[14b]

„Der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet. Hat der Wechselschuldner eine Theilzahlung geleistet, so kann derselbe nur verlangen, daß die Zahlung auf den Wechsel abgeschrieben und ihm Quittung auf einer Abschrift des Wechsels ertheilt werde."[15]

Mit Rücksicht hierauf kann es allerdings unter Umständen ein Gebot der Vorsicht sein, in der Klage auf Zahlung gegen Aushändigung des quittirten Wechsels oder im Fall einer Theilzahlung gegen Abschreibung und Aushändigung einer theilweise quittirten Abschrift anzutragen. Nothwendig ist es aber nicht. Der etwaige Einwand des Beklagten könnte jedenfalls durch das bezügliche replicarische Erbieten erledigt werden.[16]

b) Wenn aus dem trassirten Wechsel auf Zahlung gegen den Aussteller oder einen Indossanten geklagt wird, so ist die Ausstellung, bezw. auch die Indossation durch Beklagten zu behaupten. Ferner ist erforderlich, daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden sei und daß sowohl diese Präsentation, als die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen ordnungsmäßigen Protest dargethan werde.[17]

[14a] Vgl. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 163.

[14b] Hartmann a. a. O. §. 154. Das im Text Bemerkte gilt insofern auch von der Klage gegen den Regreßverpflichteten, als diesem der Wechsel nebst Protest u. s. w. in Gemäßheit des Art. 91 zur Zahlung präsentirt sein muß. Dagegen beziehen sich die Vorschriften des Art. 91 nicht auf die Klage wegen Rückgabe der bestellten Sicherheit (unten §. 251) und nicht auf die Bereicherungsklage (unten §. 252), weil es sich dabei nicht um einen Wechselverkehr im Sinne des Art. 91 handelt.

[15] W. O. Art. 39. Ein Amortisationserkenntniß tritt an die Stelle des verlorenen Wechsels. Vgl. auch Art. 73.

[16] Dasselbe gilt von dem Fall des H. G. B. Art. 303. Das R. O. H. G. (23. B. S. 412) bezeichnet das fragliche Erbieten als zum Klagfundament gehörig.

[17] W. O. Art. 41. Vgl. auch Art. 31, 87—89, 91 und E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 27. In der Klage einschließlich der Protesturkunde muß die Beobachtung nicht blos der Bestimmungen der Art. 87 und 88, sondern auch der Vorschrift des Art. 91 behauptet werden, indem es sich dabei um ein Erforderniß, nicht blos um Vermeidung eines Fehlers handelt. — Es „ist die Bezeichnung derjenigen Person, welche als Protestat oder für denselben die Erklärung gegen den Protestaufnehmenden abgegeben hat, ein wesentliches Protesterforderniß". E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 51. — Der Concurs des Präsentaten hebt an sich noch nicht dessen Geschäftslocal auf. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 8. — Ein Wohnungsprotest genügt, sofern nicht besondere Umstände ein besonderes Geschäftslocal ergeben. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 6. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 18. — Der Richter hat die Ordnungsmäßigkeit des Protestes von Amtswegen zu prüfen. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 51.

Durch die Klage, welche stets eine Regreßklage ist und als solche nie gegen den Acceptanten gerichtet werden kann (Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. [Leipzig 1873], S. 95 und 96), ist also solches zu behaupten und bezw. die Protesturkunde oder eine sonstige ausreichende Urkunde, wenn im Wechselproceß geklagt wird, als Beweismittel einzureichen; während im ordentlichen Proceß auch durch andere Beweismittel der Protest dargethan werden könnte.[18] Es bezieht sich die zu behauptende und zu beweisende Ordnungsmäßigkeit auch auf die wechselmäßige Legitimation dessen, für welchen Protest erhoben ist.

„Die Erhebung des Protestes ist am Zahlungstage zulässig, sie muß aber spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen."[19] Auch diese rechtzeitige Protesterhebung muß aus der Klage hervorgehen.

„Die Aufforderung, keinen Protest erheben zu lassen („ohne Protest", „ohne Kosten" ꝛc.), gilt als Erlaß des Protestes, nicht aber als Erlaß der Pflicht zur rechtzeitigen Präsentation.[20] Der Wechselverpflichtete, von welchem jene Aufforderung ausgeht, muß die Beweislast übernehmen, wenn er die" (vom Kläger zu behauptende) „rechtzeitig geschehene Präsentation in Abrede stellt. Gegen die Pflicht zum Ersatze der Protestkosten schützt jene" (in Ermangelung eines Protestes natürlich zu behauptende) „Aufforderung nicht."[21]

„Der Inhaber eines Mangels Zahlung protestirten Wechsels ist verpflichtet, seinen unmittelbaren Vormann innerhalb zweier Tage nach dem Tage der Protesterhebung von der Nichtzahlung des Wechsels schriftlich zu benachrichtigen, zu welchem Ende es genügt, wenn das Benachrichtigungsschreiben innerhalb dieser Frist zur Post gegeben ist."[22]

„Hat ein Indossant den Wechsel ohne Hinzufügung einer Ortsbezeichnung weiter begeben, so ist der Vormann desselben von der unterbliebenen Zahlung zu benachrichtigen."[23]

„Jeder benachrichtigte Vormann muß binnen derselben, vom Tage des empfangenen Berichts zu berechnenden Frist seinen nächsten Vormann in gleicher Weise benachrichtigen. Der Inhaber oder Indossatar, welcher die Benachrichtigung unterläßt oder dieselbe nicht an den unmittelbaren Vormann ergehen läßt, wird hierdurch den sämmtlichen oder den über-

---

[18] E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 131.

[19] W. O. Art. 41.

[20] W. O. Art. 42.

[21] W. O. Art. 42.

[22] W. O. Art. 45. Der Acceptant ist niemals Vormann. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 22.

[23] W. O. Art. 47.

sprungenen Vormännern zum Ersatze des aus der unterlassenen Benachrichtigung entstandenen Schadens verpflichtet. Auch verliert derselbe gegen diese Personen den Anspruch auf Zinsen und Kosten, so daß er nur die Wechselsumme zu fordern berechtigt ist."[24]

Zur Begründung der Regreßklage auf Zinsen und Kosten braucht die Benachrichtigung des unmittelbaren Vormanns, bezw. daß man selbst nicht benachrichtigt sei, nicht behauptet zu werden. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, wegen der Unterlassung eine Einrede geltend zu machen, wobei Beklagter die Benachrichtigungspflicht, sofern sie streitig ist, Kläger in Folge einer Replik die rechtzeitige Benachrichtigung zu beweisen hat.[25]

Beklagter („jeder Wechselschuldner) hat das Recht, gegen Erstattung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten" (nicht auch Ausstellung eines neuen Wechsels) „die Auslieferung des quittirten Wechsels und des wegen Nichtzahlung erhobenen Protestes von dem Inhaber zu fordern."[26]

Wie schon oben beim Acceptanten bemerkt ist, gehört das Erbieten zur Auslieferung, und zwar auch bei einer Klage gegen den Aussteller oder Indossanten, nicht zur Begründung der Klage.

„Die Regreßansprüche des Inhabers, welcher den Wechsel Mangels Zahlung hat protestiren lassen, beschränken sich auf

1) die nicht bezahlte Wechselsumme nebst sechs Prozent jährlicher Zinsen vom Verfalltage ab,

2) die Protestkosten und anderen Auslagen[27],

3) eine Provision von ein Drittel Prozent.

Die vorstehenden Beträge müssen, wenn der Regreßpflichtige an einem anderen Orte als dem Zahlungsorte wohnt, zu demjenigen Kurse gezahlt werden, welchen ein vom Zahlungsorte auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat. Besteht am Zahlungsorte kein Kurs auf jenen Wohnort, so wird der Kurs nach demjenigen Platze genommen, welcher dem Wohnorte des Regreßpflichtigen am nächsten liegt. Der Kurs ist auf Verlangen des Regreßpflichtigen durch einen unter öffentlicher Autorität ausgestellten Kurszettel oder durch das Attest eines vereideten Mäklers oder in Ermangelung derselben durch ein Attest zweier Kaufleute zu bescheinigen."[28]

---

[24] W. O. Art. 45.

[25] Vgl. Busch a. a. O. 33. B. S. 281.

[26] W. O. Art. 48.

[27] Proceßkosten gehören nicht dahin. Wegen solcher kann unter Umständen nur ein civilrechtlicher, nicht ein wechselmäßiger Anspruch begründet sein. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 27.

[28] W. O. Art. 50.

Es versteht sich von selbst, daß das, was somit beansprucht werden kann, in der Klage genau angegeben und begründet werden muß. Die erwähnte Bescheinigung braucht dagegen nicht schon mit der Klage beigebracht zu werden. Dies folgt u. A. daraus, daß erst ein entsprechendes Verlangen des Beklagten abgewartet werden darf. Wenn im Urkunden- oder Wechselproceß geklagt wird, ist die Sache freilich anders.[29]

„Der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, ist von einem früheren Indossanten oder von dem Aussteller zu fordern berechtigt:

1) die von ihm gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe nebst sechs Prozent jährlicher Zinsen vom Tage der Zahlung,

2) die ihm entstandenen Kosten,

3) eine Provision von ein Drittel Prozent.

Die vorstehenden Beträge müssen, wenn der Regreßpflichtige an einem anderen Orte als der Regreßnehmer wohnt, zu demjenigen Kurse gezahlt werden, welchen ein vom Wohnorte des Regreßnehmers auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat. Besteht im Wohnorte des Regreßnehmers kein Kurs auf den Wohnort des Regreßpflichtigen, so wird der Kurs nach demjenigen Platze genommen, welcher dem Wohnorte des Regreßpflichtigen am nächsten liegt. Wegen der Bescheinigung des Kurses kommt die Bestimmung des Artikel 50. zur Anwendung.“[30]

In der Klage des Indossanten[31] ist der beanspruchte Gegenstand ebenfalls genau anzugeben und zu begründen; jedoch, abgesehen vom Urkunden- oder Wechselproceß, nicht schon mit derselben der Cours zu bescheinigen.

„Der Inhaber eines Duplikats, auf welchem angegeben ist, bei wem das zum Akzepte versandte Exemplar sich befindet, kann Mangels Annahme desselben den Regreß auf Sicherstellung und Mangels Zahlung

---

[29] C. P. O. §. 556.

[30] W. O. Art. 51. Nach den Worten „eingelöst oder als Rimesse erhalten“ und „gezahlte oder durch Rimesse berichtigte Summe“ gehört allerdings diese Zahlung oder Berichtigung zum Fundament der Regreßklage; aber in Folge einer durch den Besitz des Wechsels und Protestes begründeten Vermuthung ist Kläger von der Beweislast befreit. Vgl. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 105, wonach jene Zahlung oder Berichtigung nicht einmal zum Fundament der Klage gehören soll. — Die in den Art. 50 und 51 genannten Zinsen sind keine Verzugszinsen. — „Haupt- und Zweigniederlassung einer Firma können bezüglich ein und desselben Wechsels nur einmal Provision berechnen.“ Busch a. a. O. 33. B. S. 343.

[31] Der Anspruch des Indossanten ist ein selbständiger, nicht ein abgeleiteter, wie bei einer Cession; ferner ein durch seine Indossation gar nicht erloschener, sondern nur bis zur Erlangung von Besitz des Wechsels und Protestes aufgeschobener. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 1.

den Regreß auf Zahlung nicht eher nehmen, als bis er durch Protest hat feststellen lassen:

1) daß das zum Akzepte versandte Exemplar ihm vom Verwahrer nicht verabfolgt worden ist, und

2) daß auch auf das Duplikat die Annahme oder die Zahlung nicht zu erlangen gewesen."[32]

§. 250.

B. Die Klage aus einem trassirten Wechsel auf Sicherstellung.

a. Wegen nicht erhaltener Annahme.

1) „Der Remittent, sowie jeder Indossatar wird durch den Besitz des Mangels Annahme aufgenommenen Protestes ermächtigt, von dem Aussteller und den übrigen Vormännern Sicherheit zu fordern und im Wege des Wechselprozesses darauf zu klagen" — — —.

„Die Beibringung des Wechsels und des Nachweises, daß der Regreßnehmer seinen Nachmännern selbst Sicherheit bestellt habe, bedarf es nicht."[1]

Der Indossatar, welcher auch Aussteller ist, kann gleichfalls klagen. Ihm steht aber die liquide exceptio doli entgegen. Es wird also darauf ankommen, ob er diese durch eine Replik, z. B. der Vereinbarung, daß er nicht haften solle, beseitigen kann.

2) „Wenn die Annahme eines Wechsels überhaupt nicht, oder unter Einschränkungen, oder nur auf eine geringere Summe erfolgt ist, so sind die Indossanten und der Aussteller, ohne daß der Regreßnehmer hierbei an die Folgeordnung der Indossamente und die einmal getroffene Wahl gebunden wäre, wechselmäßig verpflichtet[2],"

3) „gegen Aushändigung des, Mangels Annahme aufgenommenen Protestes genügende Sicherheit dahin zu leisten, daß die Bezahlung der im Wechsel verschriebenen Summe oder des nicht angenommenen Betrages, sowie die Erstattung der durch die Nichtannahme veranlaßten Kosten am Verfalltage erfolgen werde."[3]

---

[32] W. O. Art. 69.

Man beachte auch Art. 72.

[1] W. O. Art. 26. Vgl. auch Art. 61: „Wenn der Wechsel von einer Nothadresse oder einem andern Intervenienten zu Ehren angenommen wird, so haben der Inhaber und die Nachmänner des Honoraten keinen Regreß auf Sicherstellung. Derselbe kann aber von dem Honoraten und dessen Vormännern geltend gemacht werden."

[2] W. O. Art. 25 Abs. 1.

[3] W. O. Art. 25 Abs. 2.

„Jedoch sind diese Personen auch befugt, auf ihre Kosten die schuldige Summe bei Gericht oder bei einer anderen zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen.“[4]

„Die bestellte Sicherheit haftet nicht blos dem Regreßnehmer, sondern auch allen übrigen Nachmännern des Bestellers, insofern sie gegen ihn den Regreß auf Sicherstellung nehmen. Dieselben sind weitere Sicherheit zu verlangen nur in dem Falle berechtigt, wenn sie gegen die Art oder Größe der bestellten Sicherheit Einwendungen zu begründen vermögen.“[5]

4) Der Grund der Klage, der sich schon aus dem Bemerkten ergibt, besteht darin, daß der trassirte Wechsel nicht oder unter Einschränkungen oder auf eine geringere Summe acceptirt und ein Protest Mangels Annahme aufgenommen ist.[6]

„Befindet sich auf einem Mangels Annahme protestirten Wechsel eine auf den Zahlungsort lautende Nothadresse, so muß, ehe Sicherstellung verlangt werden kann, die Annahme von der Nothadresse gefordert werden. Unter mehreren Nothadressen gebührt derjenigen der Vorzug, durch deren Zahlung die meisten Verpflichteten befreit werden.“[7]

Im Uebrigen ist zu behaupten, daß Beklagter in Gemäßheit des Art. 91 der W. O. vergeblich außergerichtlich aufgefordert sei, den Kläger klaglos zu stellen.[8]

5) Der Antrag geht auf die angegebene Leistung genügender Sicherheit.[9]

Das Erbieten zur Aushändigung des Protestes kann auch gegen den Einwand, daß solches fehle, jedenfalls noch rechtzeitig in der Replik vorgebracht werden. Die Befugniß zur Niederlegung kann desgleichen jedenfalls immer rechtzeitig noch in der Replik eingeräumt werden. Uebrigens würde es nicht einmal einer replicarischen Bemerkung bedürfen, vielmehr schon auf den bloßen Antrag des Beklagten hin auf das vom Kläger Beantragte unter den bezeichneten Modificationen erkannt werden können. Denn sie sind nur in Wirklichkeit eine Nachleistung und als minus, bezw. als ein minus zu betrachten. Anders ist es bei Gegenleistungen, die nicht in einem so bedingten, bezw. auch unzertrennlichen Verhältniß zur Leistung bestehen, z. B. bei Zahlung des Preises gegen die Klage des Käufers auf Ueberlieferung (einer Leistung Zug um Zug). Hier könnte

---

[4] W. O. Art. 25 Abs. 2.
[5] W. O. Art. 27.
[6] W. O. Art. 25 Abs. 1.
[7] W. O. Art. 56. Man beachte auch noch Art. 69 und 72.
[8] S. oben §. 249 Note 17.
[9] W. O. Art. 25 Abs. 1.

der Richter ohne entsprechende Replik blos auf die exceptio doli hin den Beklagten nicht zur Ueberlieferung gegen Zahlung des Preises verurtheilen, es möchte denn Beklagter nur hierauf, nicht auf Abweisung angetragen haben. Dagegen ist es in den beiden Fällen des Textes gleichgültig, ob Beklagter auf eine nicht statthafte Abweisung oder nur auf Verurtheilung unter der bezeichneten Modification angetragen hat.[10]

Bei einer Klage eines Nachmannes des Sicherheitsbestellers wird der Antrag dahin zu richten sein, daß die Haftung der bestellten Sicherheit für den Kläger anerkannt werde, es möchte denn wegen gegründeter Einwendungen gegen die bestellte Sicherheit eine weitere beantragt werden.

b. Wegen Unsicherheit des Acceptanten.

In diesem Falle ist zur Begründung der Klage hervorzuheben:

1) Die Legitimation des Klägers. Dieser ist der Inhaber des Wechsels und jeder Indossatar.[11]

2) Die Legitimation des Beklagten. Dieser muß sein ein Vormann des Inhabers oder Indossatars oder nach den Nürnberger Novellen auch der Acceptant.[12]

3) Der Gegenstand, welcher in einer Sicherheitsbestellung besteht. Was hierüber zu a 3 bemerkt ist, gilt auch für die vorliegende Klage.[13]

4) Der Grund. „Ist ein Wechsel ganz oder theilweise angenommen worden, so kann in Betreff der akzeptirten Summe Sicherheit nur gefordert werden:

1) wenn über das Vermögen des Akzeptanten der Konkurs (Debitverfahren, Falliment) eröffnet worden ist oder der Akzeptant auch nur seine Zahlungen eingestellt hat;

2) wenn nach Ausstellung des Wechsels eine Exekution in das Vermögen des Akzeptanten fruchtlos ausgefallen ist," (früher auch), wenn „wider denselben wegen Erfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit die Vollstreckung des Personalarrestes verfügt worden" war.

„Wenn in diesen Fällen die Sicherheit von dem Akzeptanten nicht geleistet und dieserhalb Protest gegen denselben[14] erhoben wird, auch von den auf dem Wechsel etwa benannten Nothadressen die Annahme nach Ausweis des Protestes nicht zu erhalten ist, so kann der Inhaber des

---

[10] Vgl. oben §. 107 Note 23 und §. 110 Note 15.

[11] W. O. Art. 29 Abs. 2.

[12] W. O. Art. 29 Abs. 2.

[13] Daselbst.

[14] Nicht gegen einen etwaigen Concursverwalter. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 5.

Wechsels und jeder Indossatar gegen Auslieferung des Protestes von seinen Vormännern Sicherheit fordern. (Art. 25—28.) Der bloße Besitz des Wechsels vertritt die Stelle einer Vollmacht, in den Nr. 1. und 2. genannten Fällen von dem Akzeptanten Sicherheitsbestellung zu fordern und, wenn solche nicht zu erhalten ist, Protest erheben zu lassen."[15]

Im Fall der Klage gegen den Acceptanten besteht der Grund lediglich in einem der Fälle unter Nr. 1 und 2.[16]

Die Bemerkung im Texte dieses Paragraphen mit der Note 8 gilt auch für die vorliegende Klage.

5) Der Antrag. Von demselben gilt das unter a 5 Bemerkte für den Fall, daß gegen einen Vormann geklagt wird. Bei der Klage gegen den Acceptanten fällt das, was über die Aushändigung des Protestes gesagt ist, weg.

§. 251.

C. Die Klage auf Rückgabe der bestellten Sicherheit bezüglich eines trassirten Wechsels.

W. O. Art. 28 und 29.

a) Kläger ist der Besteller.

b) Beklagter ist der, welchem die Sicherheit bestellt ist.

c) Gerichtet ist die Klage auf Rückgabe der bestellten Sicherheit.

d) Was den Grund der Klage anbetrifft, so muß die bestellte Sicherheit „zurückgegeben werden:

1) sobald" (im Fall der Sicherheitsstellung wegen nicht erhaltener Annahme) „die vollständige Annahme des Wechsels nachträglich erfolgt ist;

2) wenn gegen den Regreßpflichtigen, welcher sie bestellt hat, binnen Jahresfrist, vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet, auf Zahlung aus dem Wechsel nicht geklagt worden ist;

3) wenn die Zahlung des Wechsels erfolgt oder die Wechselkraft desselben erloschen ist."[1]

e) Der Antrag ergibt sich aus dem zu c Gesagten.

Die Erfordernisse unter a—e sind zur Begründung der Klage genügend hervorzuheben. Ein gültiger oder gültig gewesener Wechsel ist nicht erforderlich. Liegt überall kein gültiger Wechsel vor, so würde auch ohne Erfüllung eines der Erfordernisse unter 1—3 meistens eine condictio sine causa oder eine ähnliche Klage zulässig sein.

---

[15] W. O. Art. 29. [16] W. O. Art. 29.

[1] W. O. Art. 28. Die Gründe unter 2 und 3 müssen auch im Fall einer Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten anwendbar sein. Bezüglich des Grundes unter 3 versteht es sich von selbst und bezüglich des Grundes unter 2 folgt es daraus, daß im Art. 29 auch mit auf Art. 28 verwiesen ist.

§. 252.

D. Die Bereicherungsklage bezüglich eines trassirten Wechsels.

W. O. Art. 83.[1]

Die Klage, wie die vorige, ist eine gewöhnliche, nicht eine Wechselklage; denn ihre Voraussetzung ist die Erlöschung der wechselmäßigen Verbindlichkeit.

Zur Begründung ist anzugeben:

a) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, welche sich nach allgemeinen Grundsätzen, nicht nach den für die Wechselklagen geltenden, richtet.

b) Die Legitimation des Klägers. Dies ist der wechselmäßig legitimirte Inhaber des Wechsels.[2]

c) Die Legitimation des Beklagten, welcher der Aussteller oder der Acceptant, nicht auch ein Indossant sein kann.

d) Der Gegenstand oder dasjenige, um welches der Beklagte sich mit des Klägers Schaden bereichern würde.

e) Der Grund der Klage. Dieser besteht in Folgendem:

1) in der wechselmäßigen Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten, und zwar

2) in deren Erlöschung,

3) darin, daß sie durch Verjährung oder dadurch erloschen sei, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen (Präsentation, Protesterhebung) verabsäumt sind,

4) in der Bereicherung des Beklagten,

5) zum Schaden des Klägers, so daß

6) auch ein ursachlicher Zusammenhang zwischen Bereicherung und Schaden vorliegen muß.

Diese Bereicherung und dieser Schaden sammt dem ursachlichen Zusammenhange können nur durch die Darlegung eines materiellen Forderungsrechts begründet werden. Auf den bloßen früheren Wechselanspruch hin läßt sich eine Bereicherung und ein Schaden nebst dem ursachlichen Zusammenhange nicht stützen. Bei einer Klage gegen den Aussteller würde aber die Angabe genügen, daß Beklagter vom Kläger Valuta erhalten habe. Er könnte freilich dem Acceptanten ja auch anderweitig Deckung gegeben

---

[1] Vgl. Renaud, Zur Lehre von der Bereicherungsklage des Art. 83 der Deutschen Wechsel-Ordnung, im A. f. d. c. P. 46. B. S. 359 fg. und Kowalzig a. a. O. zu Art. 83. Die Klage gehört zu den Bereicherungsklagen im engeren Sinne. Vgl. oben §. 15 Note 56.

[2] Als solcher kann derjenige, „welcher erst nach Ablauf der Verjährung Inhaber des Wechsels geworden ist", nicht gelten. Busch a. a. O. 30. B. S. 338.

haben, also nicht bereichert sein. Das wäre jedoch einredeweise geltend zu machen. Im Uebrigen ist ein directer Causalnexus nicht erforderlich.[3]

f) Der Antrag.

Es fragt sich, ob eine gewöhnliche Wechselklage, gegen welche die Einrede der Verjährung oder der Erlöschung des Wechselrechts durch Verabsäumung der gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen vorgeschützt ist, durch die Replik der Bereicherung aufrecht erhalten werden könne oder ob hierin eine unstatthafte Aenderung der Klage gefunden werden müsse. Letzteres ist anzunehmen; einerlei, ob im Wechselproceß oder im gewöhnlichen Verfahren geklagt ist.[4]

§. 253.

II. Klagen aus einem eigenen Wechsel oder bezüglich eines solchen.

W. O. Art. 96—100.

Die Klagen aus einem eigenen Wechsel oder bezüglich eines solchen sind im Allgemeinen in derselben Weise, wie die aus einem trassirten Wechsel oder bezüglich eines solchen zu begründen. Jedoch sind namentlich folgende Unterschiede zu beachten:

1) die Angabe des Trassaten fällt weg, weil ein solcher fehlt, indem der Aussteller selbst zahlen soll.[1]

2) Insofern nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist, gilt der Ort der Ausstellung als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers.[2]

3) „Eigene domizilirte Wechsel sind dem Domiziliaten oder, wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Aussteller selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domizilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren und, wenn die Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren. Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiziliaten verabsäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten verloren.“[3]

4) Ein eigener Wechsel an eigene Ordre ist ungültig[4], kann also auch nicht durch Indossation gültig werden. Dasselbe gilt vom eigenen domiciliirten Wechsel an eigene Ordre, aber nicht vom trassirt-eigenen Wechsel an eigene Ordre. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen diesen beiden Wechseln liegt darin, ob ein Zahlungsversprechen im Gegensatz

---

[3] Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 151, 36. B. Nr. 76. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 58, 23. B. Nr. 86.

[4] Vgl. Busch a. a. O. 31. B. S. 309.

[1] W. O. Art. 96.

[2] W. O. Art. 97.

[3] W. O. Art. 99.

[4] Busch a. a. O. 33. B. S. 265—266.

gegen Zahlungsauftrag die gebrauchte Form ist. Im Fall einer Klage aus einem trassirt-eigenen Wechsel an eigene Ordre würde es daher zur Begründung der Klage besonders darzulegen sein, daß es sich um einen trassirt-eigenen Wechsel, einen Zahlungsauftrag, handle.

5) Von einer Klage auf Zahlung gegen den Acceptanten, im Gegensatz gegen den Aussteller, kann nicht die Rede sein.

6) Ebenfalls nicht von einer Klage auf Sicherheitsbestellung wegen nicht erhaltener Annahme. Auch die Ehrenannahme fällt hier weg.[5]

7) An die Stelle der Klage wegen Unsicherheit des Acceptanten tritt die wegen Unsicherheit des Ausstellers.[6]

Zum Schluß wird für die §§. 248—252 in Ansehung des processualischen Verfahrens noch Folgendes hervorgehoben:

1) Vor dem 1. October 1879 war der Wechselproceß nur bei den Klagen der §§. 249 und 250 anwendbar. W. O. Art. 81, 26 und 29.

2) Nach dem 1. October 1879 ist statthaft:

a) der Wechselproceß im Fall des §. 249 (C. P. O. §§. 565 und 555);

b) der sonstige Urkundenproceß in den Fällen der §§. 251 und 252, sofern die Erfordernisse der C. P. O. §. 555 vorliegen, was selten eintreten wird;

c) das Mahnverfahren in den Fällen der §§. 249, 251 und 252, wenn die C. P. O. §. 628 anwendbar ist, was bei dem §. 251 wohl meistens nicht der Fall sein wird;

d) der ordentliche Proceß in allen Fällen. Bei diesem würde das Gericht in den Fällen der §§. 249 und 250 ein möglichst schleuniges Verfahren eintreten lassen müssen.[7]

Die materiellen Grundsätze des Wechselrechts kommen im Allgemeinen überall zur Anwendung[8], soweit sie von Bedeutung sind. Bei der Bereicherungsklage würden sie am wenigsten in Betracht kommen. Sofern Jemand nur civilrechtlich für die Wechselschuld eines Anderen haftet, würden die materiellen Grundsätze des Wechselrechts wohl in Beziehung auf letzteren, aber nicht auch ersteren anwendbar sein. Es könnte also nicht davon die Rede sein, daß gegen ersteren ein Protest nothwendig wäre, wie denn auch ein Wechselproceß gegen ihn nicht möglich sein würde.

---

[5] W. O. Art. 56—61 in Verbindung mit Art. 98 unter 6 und 7.

[6] W. O. Art. 98 unter 4.

[7] Demnach scheint mir das Regreßrecht auf Sicherstellung keineswegs so gut wie beseitigt zu sein, wie Thöl, Handelsrecht, 2. B. 4. Auflage (Leipzig 1878), S. 804 annimmt. Vgl. auch C. P. O. §. 796 fg.

[8] Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 76.

d. Römische Quasicontracte.[1]

§. 254.

I. Geschäftsführung ohne Auftrag (s. g. negotiorum gestio).[2]

Die Klagen aus der negotiorum gestio, die actiones (viel seltener judicia) negotiorum gestorum directa und contraria, werden im Allgemeinen den actiones mandati gleich behandelt.

Zur Begründung der actio negotiorum gestorum directa (meistens negotiorum gestorum actio, seltener actio negotiorum gestorum genannt) ist vorzubringen:

1) daß Kläger als Geschäftsherr (dominus), wenn es auch eine Frau ist[3], activ,

2) daß Beklagter als Geschäftsführer (gerens; gestor, aber selten), mag es auch eine Frau sein[4], passiv[5] zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um Berichterstattung, Rechnungsablage, Herausgabe dessen, was der Gestor als solcher erhalten habe[6], Ersatz für zu speci-

---

[1] Auf solchen beruhen auch die bereits berücksichtigten actiones tutelae und die actio ex testamento. In dem tit. J. de obligationibus quasi ex contractu (3; 27) werden als Quasicontractsklagen aufgeführt: die act. negotiorum gestorum, die actiones tutelae, die actio communi dividundo, die actio familiae herciscundae, die actio legati und die condictio indebiti. Die l. 5 pr. §. 1—3 D. de O. et A. (44; 7) enthält dieselben, jedoch ohne Erwähnung der genannten beiden Theilungsklagen. Daraus ergibt sich schon die Unvollständigkeit des in der l. 5 cit. enthaltenen Verzeichnisses. Aber auch der Institutionentitel (3; 27) enthält nur Beispiele. Burchardi, Römisches Privatrecht, 3. Abth. (Stuttgart 1846), §. 228 Note 11.

[2] S. meine Schrift über das Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Kiel 1855), §. 2. Von der sehr reichen Litteratur über die negotiorum gestio hebe ich diese Schrift hier deshalb allein hervor, weil ich aus einem nahe liegenden Grunde sie für das Folgende hauptsächlich benutzt habe. Die Bezeichnung „s. g. negotiorum gestio" beruht darauf, daß gestio in dieser Verbindung nicht quellenmäßig ist. Administratio, auch gestus kommen vor.

[3] L. 3 §. 3 D. de negotiis gestis (3; 5). Auch ein Wahnsinniger kann der Dominus sein. L. 3 §. 5 D. h. t. Desgl. eine hereditas jacens. L. 3 §. 6 D. h. t.

[4] L. 3 §. 1 D. h. t.

[5] Ein Pupill haftet bis zur Bereicherung; ist er Kläger, so kann Beklagter als Dominus auch über die Bereicherung hinaus compensiren. L. 3 §. 4 D. h. t.

[6] Wenn er auch zu viel erhalten hat. L. 8 §. 1, l. 31 §. 1 D. h. t. Hat der Gestor mit einem Dritten in eigenem Namen contrahirt, so hat er seine Klage gegen den Dritten dem Dominus zu cediren, es möchte denn nur eine Befreiung des Schuldners verlangt werden — l. 48 D. h. t. —. Hat er im Namen des Dominus contrahirt, so ist eine Cession nicht nöthig und nicht möglich. Hat er freilich in eigenem Namen, aber auch zu Gunsten des Dominus contrahirt, so ist eine Cession möglich, aber nicht nothwendig.

ficirende Schäden[7], wohin auch schuldvoll nicht erlangte Zinsen gehören[8], oder das Eine oder Andere handle[9];

4) der Grund[10] der Klage.

Zu dem Zweck ist zu behaupten:

a) daß besorgt seien wirkliche Geschäfte des vertretenen Klägers[11]; nicht eigene Angelegenheiten des Gestors[12] oder Geschäfte eines Dritten oder gemeinschaftliche Angelegenheiten beider Parteien, welche, sofern sie sich auf eine eigentliche Communion (pro indiviso) beziehen, nicht zu dem Antheil des Handelnden besorgt werden konnten[13];

---

[7] Der Gestor kann aber mit den lucra aus dem einen Geschäft gegen die damna nicht blos aus demselben, sondern auch aus einem anderen inutiliter oder schuldvoll gar nicht gerirten compensiren — l. 11 D. h. t. —, sofern nur eine Einheit der Gestio vorliegt. Ueber diese Einheit, welche bei einer negotiorum gestio leicht anzunehmen ist, z. B. bei einer s. g. gestio omnium rerum stets vorliegt, vgl. l. 15 und 16 D. h. t. S. auch l. 11 §. 1 D. de usur. (22; 1); l. 7 §. 6, l. 16 D. de adm. e. p. t. (26; 7), und Ruhstrat, Ueber die actio negotiorum gestorum directa, in v. Ihering's Jahrbüchern 19. B. S. 255—307, namentlich S. 260—272.

[8] L. 19 §. 4, l. 31 §. 3, l. 38 D. h. t. Es kommen der Regel nach übliche Zinsen in Ansatz; bei einer Verwendung von Geldern zu eigenem Nutzen die höchsten erlaubten. Schuldvolle Nichteinzahlung einer eigenen Schuld an sich selbst für den Dominus steht aber dem letzten Falle nicht gleich.

[9] L. 2 D. h. t.

[10] Die Darlegung des Grundes wird durch eine voraufgegangene act. negotiorum gestorum contraria (bezw. directa) wegen der darin liegenden Anerkennung (bezw. Ratihabition) erheblich erleichtert. Es brauchen dann, wie bei einer constituirten Schuld, die Specialitäten oft nicht angegeben zu werden. Vgl. auch Dankwardt, Negotiorum gestio (Rostock 1855), S. 32.

[11] Die Ratihabition macht der Regel nach ein ihn nichts angehendes Geschäft zu dem seinigen, z. B. wenn der Gestor für ihn eine Nichtschuld eincassirt, er solches aber genehmigt hat. L. 6 §. 9 und 10 D. h. t. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 121. Anders ist es im Fall der l. 6 §. 11 D. h. t. Dort handelt es sich um eine fremde Erbschaft, die der Ratihabent durch Ratihabition unmöglich zu der seinigen machen kann. Ferner setzt die Ratihabition voraus, daß für den Ratihabenten gehandelt sei — l. 24 D. h. t. — oder daß freilich für einen Anderen irrthümlich gehandelt ist, aber der Handelnde ohne Irrthum auch für den Ratihabenten gehandelt haben würde — vgl. l. 6 §. 6 D. h. t., die den entgegengesetzten Fall betrifft —. Stützt nun eine Klage zur Begründung des erhobenen Anspruchs sich lediglich auf Ratihabition, so muß Kläger auch darlegen, daß er legitimirt war, zu ratihabiren, mithin daß es sich um seine Angelegenheit — wenn auch nur in Folge einer Haftung dafür (l. 30 D. h. t.) oder in Folge Verbindung mit den von dem jene irrthümlich wahrnehmenden Gestor gleichzeitig gerirten wirklichen Angelegenheiten des Ratihabenten (l. 31 §. 1 D. h. t.) — handle oder um eine durch die Ratihabition statthafter Weise zu der seinigen gemachte und daß für ihn oder nur aus einem unwesentlichen Irrthum, der den wirklichen Dominus nicht ausschließen sollte, für einen Anderen gehandelt sei.

[12] L. 6 §. 4 D. h. t.

[13] Dann findet die actio communi dividundo oder die actio familiae her-

b) daß der Geschäftsherr dem Geschäftsführer keinen gültigen Auftrag ertheilt habe, mag der letztere irrthümlich einen Auftrag angenommen haben oder nicht [14]; welchem Falle eines Auftrages der einer Vormundschaft oder eines Amtes der Regel nach gleich steht;

c) daß der Gestor die fremden Angelegenheiten entweder

1) freiwillig oder gezwungen oder in der Meinung, es liege ein Zwang vor [15], mit Rücksicht auf den Dominus (contemplatione domini, affectione negotia domini gerendi) [16a] oder mala fide für sich [16b] administrirt habe oder

2) freilich in gutem Glauben als eigene oder lediglich [17] mit Rücksicht auf einen Dritten, aber daß in diesem Fall unter 2 weder ein Retentionsrecht noch eine andere Klage anwendbar sei und auch eine Bereicherung vorliege. [18]

---

ciscundae statt. L. 40 D. h. t. C. 19 C. de negotiis gestis (2; 18). Wenn jedoch diese Klagen nicht anwendbar sind, weil keine eigentliche communio pro indiviso, bezw. keine noch zu theilende Erbschaft vorliegt, ist die act. negotiorum gestorum zulässig. L. 30, l. 31 §. 7 D. h. t. Von einer s. g. electiven Concurrenz der act. negotiorum gestorum mit der actio communi dividundo oder familiae herciscundae, wie Witte, Die Bereicherungsklagen (Halle 1859), S. 8 sie zuläßt, kann gar keine Rede sein. R. c. c. 3 C. h. t. S. meine citirte Schrift S. 66 fg.

[14] L. 5 pr. D. h. t. L. 6 §. 1 und 6 D. mand. v. contra (17; 1). In der Nothadresse auf einem Wechsel liegt ein Auftrag, in der Ehreninterventionder Regel nach eine negotiorum gestio.

[15] L. 3 §. 10, l. 6 §. 5, l. 19 §. 2 D. h. t. C. 6 und 18 C. h. t. C. 4 C. qui dare tut. v. cur. poss. (5; 34).

[16a] L. 19 §. 2 D. h. t. Ein Irrthum über die Person des Dominus ist gleichgültig — l. 5 §. 1, l. 6 §. 7 und 9 D. h. t. —, es möchte denn ohne Irrthum für den wirklichen Dominus nicht gerirt sein. Hat der Gestor mit Rücksicht auf mehrere Interessenten gehandelt, z. B. den Dominus und dessen Vormund oder Procurator, so ist zwischen ihm und allen von ihm berücksichtigten Interessenten unsere Klage anwendbar. L. 6 §. 1 D. h. t.

[16b] C. 5 C. vi bon. rapt. (9; 33): „Sive negotiorum gestorum contra novercam tuam, sive actione vi bonorum raptorum, quae in quadruplum intra annum utilem, ac post in simplum constituta est, putaveris agendum, notione praesidiali poteris experiri.“

[17] L. 21 §. 3, l. 28, l. 46 pr. D. h. t. Wenn der Gestor nur auch mit Rücksicht auf einen Dritten gehandelt hat, so hindert dies die Klage in keiner Weise; z. B. wenn er von einem Dritten einen Auftrag oder eine Bürgschaft erhalten, aber nicht blos mit Rücksicht hierauf gerirt hat. L. 3 §. 11, l. 6 §. 4, l. 42 D. h. t. C. 4 und 14 C. h. t. Vgl. auch Striethorst's Archiv 40. B. Nr. 64.

[18] Vgl. meine genannte Schrift Seite 19 Note 2; ferner l. 6 §. 6 und l. 45 §. 2 D. h. t.; l. 24 D. de tut. — act. (27; 3). Die l. 21 §. 3 D. h. t. bestätigt auch die Regel des Textes, indem dort zwischen dem Dominus und dem Mandatar wegen fehlender contemplatio domini Seitens des letzteren weder von der

Wird auf Herausgabe bestimmter Gegenstände geklagt, so ist anzugeben, daß der Gestor diese erhalten habe.

Ferner muß die Culpa, welche wegen der Einmischung und der dadurch vielleicht veranlaßten Abhaltung Anderer dann auch in einem Nichtthun, jedoch nach dem Tode des Dominus nur rücksichtlich des bei dessen Lebzeiten Begonnenen und zugleich nothwendig zu Erledigenden, bestehen kann[19], behauptet werden, wenn daraus ein Anspruch auf das Interesse geltend gemacht wird. Gewöhnlich genügt die Darlegung einer culpa levis; ausnahmsweise ist die einer culpa lata erforderlich, wie wenn der Gestor sich in der Noth zur Abwendung eines drohenden Verlustes der fremden Angelegenheiten angenommen hat.[20] Die culpa lata muß stets vom Kläger behauptet werden; die culpa levis (und zwar die s. g. in abstracto; auch dann, wenn der Gestor, z. B. ein Curator, der die Curatel nicht ablehnen konnte, nur für die s. g. culpa levis in concreto haftet) nur dann, wenn sie gerade das Fundament des klägerischen Anspruchs bildet. Dies ist z. B. dann nicht der Fall, wenn es sich um Herausgabe einer dem Gestor für den Dominus überlieferten oder von ihm für letzteren in Besitz genommenen Sache oder Geldsumme handelt. Hier müßte Beklagter sich exculpiren, falls er die Sache oder Geldsumme nicht ausliefern könnte, z. B. darlegen, daß er das Geld im Interesse des Dominus ausgeliehen, der Schuldner aber, ohne daß ihm in Betreff der Eintreibung ein Verschulden zur Last falle, zahlungsunfähig geworden sei — l. 37 §. 1 D. h. t. —. Sofern Kläger die culpa darzulegen hat, z. B. wenn der Schuldner eines nicht erst vom Gestor belegten Capitals zahlungsunfähig geworden ist, muß es in der Klage geschehen, wenn die Culpa zu deren Begründung gehört, und kann zur Beseitigung einer Einrede noch in der Replik erfolgen.

Wenn der Gestor durch einen Mandatar gehandelt hat, so haftet

---

act. negotiorum gestorum directa noch von der act. contraria die Rede ist. Ebenso nach l. 28 und l. 46 pr. D. h. t.

[19] L. 6 §. 12, l. 19 §. 3, l. 21 §. 2, l. 35, l. 38 D. h. t. Auch die Nichtergreifung eines Rechtsmittels von Seiten des selbst processirenden Gestors kann eine Culpa enthalten. L. 31 §. 2 D. h. t. Desgl. die unterlassene Belegung von Geldern. L. 13 §. 1 D. de usur. (22; 1). Vgl. auch c. 20 C. h. t. Die Nichterhebung einer Klage von Seiten des nicht zum Proceß legitimirten, einer Vollmacht bedürfenden Gestors oder die Nichtanmeldung eines Rechtsmittels von Seiten desselben, sofern er nicht schon selbst processirt hat, ist keine Culpa. L. 6 §. 12, l. 8 pr., l. 31 §. 2 D. h. t. Jetzt müßte dabei aber auch die C. P. O. §§. 71—86, insbesondere §§. 84 und 85, mitberücksichtigt werden. Es könnte recht wohl eine Culpa darin liegen, daß der Gestor nicht erst versucht hätte, ohne Vollmacht zu processiren.

[20] L. 3 §. 9 D. h. t.

er selbst in Ansehung der Fehler des Mandatars nur für die s. g. culpa in eligendo.[21]

5) Der Antrag. Dieser folgt aus den Bemerkungen zu 3.[22] —

Zur Begründung der actio negotiorum gestorum contraria (oder am quellenmäßigsten negotiorum gestorum contraria actio oder contrarium judicium)[23] ist es erforderlich, anzugeben:

1) daß Kläger als Gestor activ,

2) daß Beklagter als Geschäftsherr passiv

zur Sache legitimirt seien;

---

[21] L. 21 §. 3 D. h. t.: „— — sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut, quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi praestes."

[22] Es kann gegen die act. negotiorum gestorum directa eingewandt werden, daß Kläger die Geschäftsführung verworfen habe — l. 62 D. de sol. et lib. (46; 3) —, sowie sich nicht binnen angemessener Frist über Ratihabition oder Ablehnung erklärt habe und in Folge dessen der Gestor, bezw. der dritte Contrahent zurückgetreten sei. In einem weiteren Umfange kann diese Einrede nicht zugelassen werden. Der Dritte, mit welchem etwa der Gestor contrahirt hat, ist sonst stets durch den Contract mit dem Gestor gebunden, sei es diesem oder dem Dominus, jenachdem der Gestor in eigenem Namen oder im Namen des Dominus contrahirt hat. L. 24 D. h. t. Der Gestor kann nicht zurücktreten:

a) wenn er im Namen des Dominus contrahirt hat, weil er nur als Stellvertreter handelte — l. 24 D. h. t. —;

b) wenn er im eigenen Namen contrahirt hat,

1) weil ein Rücktritt der bona fides widersprechen würde;

2) weil nirgends im C. J. Civ. von einem solchen Recht des Rücktritts die Rede ist — l. 2, l. 6 §. 9, l. 23 D. h. t.; c. 9 C. h. t.; l. 58 pr. §. 2, l. 62, l. 71 §. 1 und 2 D. de sol. et lib. (46; 3); l. 24 §. 1, l. 25 §. 1 D. rat. rem hab. (46; 8); c. 3 C. de contr. et comm. stip. (8; 37) —, obschon Veranlassung genug dazu vorhanden war;

3) weil stets ein genügender Ersatz der dem Dominus zugegangenen Offerte anzunehmen ist, mag der Gestor ein s. g. gestor generalis oder specialis sein, mag der mit einem Dritten geschlossene Vertrag Sachen oder Forderungen oder Schulden des Dominus betreffen u. d. m.

Die negotiorum gestio an sich ist jedenfalls schon ein ausreichender Ersatz. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 221.

Einer der bedenklichsten Fälle ist die Eincassirung einer Nichtschuld Seitens des Gestors. Aber auch in diesem Fall spricht l. 6 §. 9 D. h. t. nicht davon, daß ein Rücktritt statthaft sei.

Wenn oben im §. 12 beim Vertrage zu Gunsten Dritter unter Umständen ein Rücktritt zugelassen ist, so hat dies darin seinen Grund, daß ein solcher Vertrag auch nicht einmal den Promissar als negotiorum gestor des Dritten braucht erscheinen zu lassen.

Im Uebrigen verweise ich zur genaueren Instruction auf Ruhstrat's Abhandlung, Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht, in Ihering's und Unger's Jahrbüchern 10. B. S. 208 fg. und, Ueber die actio negotiorum gestorum directa, in denselben 19. B. S. 291 fg. Ruhstrat's Ansichten und die meinigen sind keineswegs übereinstimmend.

[23] Sie ist wohl jünger, als die act. directa. Vgl. Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio (Jena 1879), §. 13.

3) daß es sich um Ersatz nothwendiger oder nützlicher[24] Verwendungen sammt übernommenen oder entgangenen oder durch den vom Beklagten abgewendeten großen Nachtheil gerechtfertigten Zinsen[25], Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten u. s. w. handle[26];

4) Der Grund der Klage. In dieser Hinsicht ist einmal das, was bei der actio directa unter a—e angegeben ist, und dann ferner zu behaupten:

a) Daß der Gestor die Absicht, den Dominus zu verpflichten, gehabt habe. Dieser animus dominum obligandi oder animus recipiendi wird im Allgemeinen rechtlich vermuthet, braucht also nicht bewiesen zu werden. Wenn jedoch der Gestor sich eines Verwandten oder Bekannten ohne rechtliche Verpflichtung unter Umständen, die nicht auf den animus recipiendi hinweisen, munere pietatis oder affectione domestica oder amicitia ductus u. d. m. angenommen hat, so wird der animus donandi rechtlich präsumirt, so daß der animus obligandi bewiesen werden muß.[27] In dieser Hinsicht ist von Vorne herein eine Verwahrung gegen die Annahme einer Absicht, zu schenken, von Wichtigkeit. Wenn der Gestor mala fide für sich (nicht blos sui lucri causa für den Dominus) gehandelt hat, fehlt ebenfalls der animus obligandi, so daß ihm nur die exceptio doli zusteht.[28] Hat der gewaltfreie Gestor als vermeintlicher Sklave oder Haussohn für den vermeintlichen Gewalthaber gehandelt, so kann man nicht sagen, daß der animus obligandi fehle — l. 6 §. 5, l. 36 D. h. t. —.

b) Die Behauptung, daß die gestio eine utilis gewesen oder ratihabirt[29] sei, wenn aufs Ganze, oder daß eine Bereicherung vorliege,

---

[24] L. 2, l. 45 pr. D. h. t.

[25] L. 19 §. 4 D. h. t. C. 18 C. h. t. L. 37 D. de usur. (22; 1) in den Worten „si liberavi te magno incommodo“.

[26] L. 2 D. h. t. Wenn der Gestor ein Interesse daran hat, daß gerade eine Ratihabition im Gegensatz gegen eine sonstige Schadloshaltung erfolge, könnte er wegen des utiliter gestum auch darauf klagen. L. 9 D. h. t. in den Worten „necesse est apud judicem pro rato haberi“.

[27] L. 27 §. 1, l. 34, l. 44 D. h. t. C. 1, 5, 11, 12, 13, 15 und 16 C. h. t.

[28] C. 16 C. de praed. et al. reb. min. (5; 71).

[29] L. 2, 23, 43 D. h. t. C. 10 C. h. t.

Die Ratihabition macht eine gestio inutilis zu einer utilis, ohne indessen die act. negotiorum gestorum zu beseitigen. L. 9 D. h. t. C. 9 C. h. t. L. 50 pr. D. mand. v. contra (17; 1). Die actiones mandati bleiben ausgeschlossen. Wegen eines dem Ratihabenten unbekannt gebliebenen Dolus des Gestors ist eine Anfechtung statthaft. L. 9 D. h. t. Die bei der Ratihabition die actio mandati gestattende l. 60 D. de R. J. (50; 17) ist wohl auf das nach der Ratihabition Geschehene zu beziehen. Dies würde sich im Fall eines ausdrücklichen Mandats, noch weiter zu handeln, freilich von selbst verstehen; aber nicht, wenn darüber ein

wenn auf diese geklagt wird. Eine gestio utilis ist die dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn entsprechende, d. i. die, welche dem erklärten oder vermuthlichen Willen, z. B. der Gewohnheit des Dominus, eventuell, falls solcher Wille nicht erkennbar ist, dem Verhalten eines sorgsamen Hausvaters entspricht, was näher darzulegen ist.[30]

Durch einen Erfolg oder bleibenden Erfolg ist die Utilität nicht bedingt.[31]

Die actio contraria ist ferner freilich ausgeschlossen, wenn die Verwaltung des Gestors und zugleich der in Folge derselben aus eigenen Mitteln gemachte Aufwand nur als Erfüllung einer wirklichen klagbaren oder natürlichen Verpflichtung anzusehen ist, oder wenn jener wider ein ausdrückliches Verbot des Dominus[32] gehandelt oder wenn er Jemanden, der umsonst handeln wollte, verdrängt hat.[33] Und beschränkt auf die nachweislich jedenfalls noch zur Zeit der Klagerhebung vorhandene oder später bis zum Urtheil hin eingetretene Bereicherung ist sie, wenn der Gestor die fremden Angelegenheiten freilich für den Dominus, aber schuldvoller Weise eines eigenen Vortheils wegen[34] oder die eines Pupillen

---

Zweifel obwalten konnte, ob der Ratihabent zu einem weiteren Handeln habe Auftrag geben wollen. Im Zweifel ist solches den Umständen nach anzunehmen, namentlich, wenn noch eine weitere Administration nothwendig oder angemessen ist. Somit ist die l. 60 keineswegs nichtssagend. Wenn man sich für die Zulässigkeit der actiones mandati oder doch der actio mandati contraria auch noch auf Stellen, wie l. 12 §. 4 D. de sol. et lib. (46; 3); l. 3 §. 2 D. jud. solvi (46; 7); l. 152 §. 2 D. de R. J. (50; 17) stützt, so ist dies grundlos, weil diese Stellen nur allgemeine, die vorliegende Frage besonders gar nicht berührende Grundsätze aufstellen.

[30] L. 11 D. h. t. L. 13 §. 1 D. de usur. (22; 1). Vgl. Schl.-Holst. A. v. 1879, S. 313—315; oben §. 15 Note 117 und 118.

[31] L. 10 §. 1, l. 12 §. 2, l. 13, l. 22 D. h. t.

[32] L. 40 D. mand. v. contra (17; 1). C. 24 C. h. t. (2; 19). Das Verbot eines Socius hindert nicht die Klage gegen den anderen. Es darf aber der Prohibent in keiner Weise, auch nicht indirect (in Folge der actio pro socio) mithaftbar gemacht werden; natürlich auch der nicht verbietende Socius nicht für mehr haften, als es ohne Verbot der Fall sein würde. L. 8 §. 3 D. h. t. Das Verbot kann auch darin bestehen, daß ein Maximum des Aufwandes nicht überschritten werde. L. 31 §. 4 D. h. t. Wenn durch das Verbot das öffentliche Interesse verletzt wird, hindert es nicht die act. negotiorum gestorum contraria, wie die sofort zu berührende actio funeraria ergibt. Vgl. auch Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 33. Das Verbot braucht nicht schriftlich oder vor Zeugen geschehen zu sein. A. M. Marezoll im A. f. d. c. P. 8. B. S. 265.

[33] C. 2 C. h. t.

[34] L. 6 §. 3 D. h. t. Anders, so daß Haftung aufs Ganze eintritt, in den Fällen der l. 48 pr. D. de usufr., e. q. q. u. f. (7; 1) und l. 21 pr. D. h. t. wegen Mangels eines Verschuldens. In dem Fall der l. 6 §. 3 ist ungeachtet des (nur ungenauen) Ausdrucks „non mei contemplatione" doch der animus obligandi vorhanden. Fehlte derselbe, so hätte der Gestor gar keine Klage.

In historischer Hinsicht kann man im Allgemeinen davon ausgehen, daß in den

Fällen, in welchen das Röm. Recht eine Klage auf die Bereicherung gibt, eine solche erst später eingeführt sein wird und daß insbesondere auch der Anspruch auf die Bereicherung schon früher durch die exceptio doli wird durchführbar gewesen sein. Dafür dürfte auch die l. 6 §. 3 einen Beleg liefern. Danach gab offenbar Labeo (zur Zeit des Augustus) dem, welcher sui lucri causa fremde Angelegenheiten wahrgenommen hatte, als ob es an der contemplatio domini fehle, nicht die act. negotiorum gestorum contraria, während Julianus (unter Hadrian) sie bis zur Bereicherung zuläßt. Die exceptio doli wird aber auch Labeo sicherlich schon zugelassen haben. Wenn Witte a. a. O. S. 23 Note 2 meint, ich (a. a. O. §. 2 S. 29 Anm. 1) hätte die l. 6 §. 3 mißverstanden, so wüßte ich nicht, worin das Mißverständniß bestehen sollte. Er sagt, ich hätte nicht bedacht, daß Julianus einer der älteren Juristen sei. Indessen waren Labeo und die exceptio doli viel älter. Ferner rügt er meine Ansicht, daß der Ersatz von Verwendungen nach neuerem Recht auch durch die act. negotiorum gestorum utilis beansprucht werden könne, auch wenn sie im Irrthum über das Eigenthum gemacht seien. Ich habe mich aber dafür nicht auf die l. 6 §. 3 berufen, sondern auf ganz andere Gesetze und Gründe. S. meine angegebene Schrift S. 18 unter 3. Die Gesetze und Gründe, weshalb ich gegen die herrschende Ansicht nach neuestem Röm. Recht annehme, daß der bonae fidei possessor subsidiär bis auf die Bereicherung hin wegen Verwendungen die act. negotiorum gestorum utilis oder eine actio in factum (unter Umständen auch eine condictio ex lege) anstellen könne, sind folgende:

1) l. 14 D. de cond. ind. (12; 6);

2) l. 47 pr. D. h. t.;

3) namentlich l. 14 §. 1 D. comm. div. (10; 3) in den Worten „Igitur et si abalienavero praedium, quia in ea causa fui, ut mihi actio dari deberet, danda mihi erit, ut Julianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio", in welcher Stelle also schließlich der Jurist nicht umhin kann, des Nothfalls wegen die act. negotiorum gestorum contraria für zulässig zu erklären;

4) l. 50 §. 1 D. de H. P. (5; 3); wobei zu beachten ist, daß das Juventianische Princip auch anderweitig auf Singularklagen ausgedehnt ist;

5) c. 12 §. 1 C. de P. H. (3; 31);

6) l. 49 D. h. t.;

7) l. 22 §. 10 D. mand. v. contra (17; 1);

8) Die Unstatthaftigkeit einer in integrum restitutio gegen den Verlust des Besitzes und folgeweise des Retentionsrechts;

9) Die Unstatthaftigkeit einer condictio des Besitzes zum Zweck der Geltendmachung eines Retentionsrechts;

10) der Umstand, daß die entgegenstehenden Gesetzesstellen — z. B. l. 48 D. de R. V. (6; 1); l. 14 D. de doli mali — exc. (44; 4) — als Regel freilich sehr natürlich sind, es sich aber um die Frage handelt, ob nicht im Nothfall bis auf die Bereicherung geklagt werden könne und die Zulässigkeit der Klage für diesen Ausnahmefall durch jene Gesetzesstellen nicht widerlegt wird;

11) der Umstand, daß selbst widersprechende Stellen, die mit Rücksicht darauf, daß unser Satz sich erst allmählich entwickeln konnte, gar nicht auffallend sein würden, nur als historische behandelt werden könnten;

12) der Umstand, daß der dem bonae fidei possessor durch Consumtion von Früchten zufallende Gewinn keine Compensation gewährt, weil selbiger pro cura et cultura ihm verbleiben soll und im concreten Falle ja jedenfalls ein solcher Gewinn nicht vorliegen dürfte. Denn dann würde allerdings zunächst zu compensiren sein.

ohne auctoritas des Tutors[35] verwaltet hat.

Es brauchen aber bei der Begründung der Klage alle diese Umstände nicht berührt zu werden, da es Sache des Geschäftsherrn ist, Einwendungen daraus herzuleiten.

In den beiden letzteren Fällen würde Kläger in der Replik die Bereicherung geltend zu machen haben.

Rücksichtlich des Pupillen ist jedoch noch Folgendes zu beachten. Eine rechtliche Vermuthung dafür, daß Jemand nicht Pupill gewesen sei, gibt es nicht. Also müßte, streng genommen, Kläger behaupten, daß Beklagter nicht Pupill gewesen oder eine Bereicherung in Ansehung des verlangten Gegenstandes eingetreten sei. Auch hat Kläger im Leugnungsfalle, wenn er aufs Ganze klagt, das erstere, sonst die Bereicherung zu beweisen. Indessen ist doch anzunehmen, daß Kläger, der von einem Pupillen gar nicht gesprochen hat, stillschweigends behauptet habe, Beklagter sei nicht Pupill gewesen. Würde also Beklagter solches geltend machen, so könnte in der ausdrücklichen replicarischen Behauptung, Beklagter sei nicht ein solcher gewesen, nicht eine unstatthafte Klagänderung, sondern nur eine nach der C. P. O. §. 240 zulässige Ergänzung gefunden werden. Und in der Replik, es liege in Betreff des Ganzen eine Bereicherung vor oder es würde bis zum Belaufe der vom Kläger darzulegenden Bereicherung der Anspruch aufrecht erhalten, könnte gleichfalls wohl nur eine nach §. 240 statthafte Berichtigung, bezw. Beschränkung gefunden werden, obschon allerdings die strengere Auffassung möglich ist. Denn als der unverändert bleibende hauptsächliche Grund der Klage erscheint hier doch immer die negotiorum gestio.

Im Uebrigen ist selbstverständlich, wenn auf Erstattung von Verwendungen und übernommenen oder entgangenen oder durch den vom Beklagten abgewendeten großen Nachtheil gerechtfertigten Zinsen, bezw. Befreiung von Verbindlichkeiten geklagt wird, anzugeben, daß sie gemacht und übernommen oder entgangen seien u. s. w.

5) Der Antrag. Derselben entspricht den Angaben zu 3.

Eine besondere Art der Geschäftsführung ohne Auftrag ist die Beerdi-

---

Deshalb aber, weil ein anderer bonae fidei possessor einen solchen Gewinn einmal machen könnte, dürfte man doch dem bonae fidei possessor, der einen solchen nicht gemacht hat, die Klage nicht versagen. Vgl. auch noch c. 7 C. de usufr. (3; 33).

[35] L. 6 pr., l. 37 pr. D. h. t. C. 2 C. h. t. In Betreff der Frage, ob der Dominus ein Pupill gewesen sei, wenn das Geschäft nach erlangter Mündigkeit beendigt ist, kommt es im Allgemeinen auf den Beginn des Geschäfts an. L. 15 D. h. t. Ein Pupill haftet aufs Ganze, wenn für eine ihm zugefallene hereditas jacens gerirt ist. L. 21 §. 1 D. h. t.

gung eines Todten, welche ohne Auftrag eines dritten Verpflichteten[36] besorgt ist. Dieselbe begründet die der actio negotiorum gestorum contraria entsprechende, nach Römischem Recht mit einem privilegium exigendi versehene, prätorische[37], subsidiäre[38], jedoch durch die Anwendbarkeit der actio negotiorum gestorum contraria nicht ausgeschlossene, auf einem Quasicontracte mit dem Verstorbenen beruhende[39] actio funeraria (oder häufiger funeraria actio), eine actio perpetua[40], welche activ und passiv auf und gegen die Erben übergeht. Sie ist auf Ersatz der vernünftigerweise[41] aufgewandten Kosten zu richten und ist als actio utilis nach der gegen die Meinung des Trebatius und Proculus angenommenen Ansicht des Ulpianus auch dann ex causa zulässig, wenn der Gestor in dem Glauben, daß er selbst verpflichtet sei, handelte[42], oder wenn er aus einem ausreichenden Grunde gegen ein ausdrückliches Verbot des zur Bestattung Verpflichteten dieselbe vorgenommen hat.[43] In beiden Fällen ist die Klage nicht auf die Bereicherung beschränkt. Diese Unterschiede von der actio negotiorum gestorum contraria beruhen theils auf einer nothwendigen Berücksichtigung des öffentlichen Wohls, theils darauf, daß ein Quasicontract mit dem Verstorbenen, nicht mit dem Erben, angenommen wird. Obgleich die actio funeraria eine subsidiäre Klage ist, so ist sie doch auch dann utiliter zulässig, wenn der Gestor in der Lage war oder ist, retiniren zu können.[44]

Wenn der Gestor in contumeliam defuncti gerirt hat, z. B.

---

[36] Dies ist in Ermangelung einer gültigen sonstigen Bestimmung des Verstorbenen der Erbe. L. 12 §. 4 D. de religiosis, et sumtibus funerum, et ut funus ducere liceat (11; 7). Neben diesem pro rata der, welchem beim Tode einer dotirten Frau die Dos zufällt. Sodann der paterfamilias, eventuell der Ehemann der Verstorbenen. L. 22—32 D. (11; 7). Vgl. Arndts a. a. O. §. 299 Anm.

[37] L. 12 §. 2 D. (11; 7).

[38] L. 14 §. 12 D. (11; 7). Ungeachtet der klaren Vorschrift dieser l. 14 §. 12 hält Wächter, Pandekten, II. (Leipzig 1881), S. 457 die Subsidiarität für mehr als zweifelhaft. Im Uebrigen erklärt sich die Subsidiarität sehr einfach dadurch, daß die act. funeraria eine irreguläre act. negotiorum gestorum contraria ist.

[39] L. 1 D. (11; 7): „Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede."

[40] L. 31 §. 2 D. (11; 7).

[41] Vermögen und Stand des Verstorbenen kommen dabei in Betracht. L. 12 §. 5 D. (11; 7). Unmäßige Anordnungen desselben sind nicht zu beachten. L. 14 §. 6, l. 37 §. 1 D. (11; 7). Denn es ist auch auf den Verpflichteten Rücksicht zu nehmen. L. 14 §. 7 D. (11; 7).

[42] L. 14 §. 11, l. 32 pr. D. (11; 7).

[43] L. 14 §. 13 D. (11; 7). Eine analoge Ausdehnung dieses Gesetzes dahin, daß nun auch dem malae fidei possessor die act. funeraria nicht zu versagen sei, wie Witte a. a. O. S. 35 sie zuläßt, ist nicht zu rechtfertigen. Es fehlt durchaus an der Gleichheit des Grundes.

[44] L. 14 §. 12, l. 32 pr. D. (11; 7).

durch zu geringen Aufwand, dann kann die Klage durch eine bezügliche Einrede ganz entkräftet werden.[45]

Zur Begründung der actio funeraria ist im Allgemeinen dasselbe hervorzuheben, was bei der actio negotiorum contraria als nothwendig bezeichnet ist. Jedoch mit folgenden Unterschieden:

a) Es muß behauptet werden, daß dem Kläger keine andere Klage zustehe, wogegen ein Retentionsrecht unerheblich ist.

b) Die contemplatio domini kann sowohl den Verstorbenen, als auch den Verpflichteten betreffen.[46a] Dieser kann eine der in der Note 34 genannten Personen sein.

c) Wenn der Gestor in dem Glauben, selbst zur Beerdigung und zur Tragung der Kosten verpflichtet zu sein, handelte, so braucht nicht die Unmöglichkeit eines ja nicht in Betracht kommenden Retentionsrechts und nicht das Vorhandensein einer ebenfalls unerheblichen Bereicherung auf Seiten des Beklagten hervorgehoben zu werden. Dagegen muß noch eine justa causa (in Folge der oben hervorgehobenen Worte „ex causa") behauptet und näher nachgewiesen werden.

d) Es ist geltend zu machen, daß die gestio eine utilis in dem oben angegebenen Sinne gewesen oder genehmigt sei oder daß die Kosten abstract vernünftigerweise aufgewandt seien. Letzteres genügt hier.

Hat der Gestor gegen ein Verbot gehandelt, so kann er gegen die betreffende Einrede die Replik vorbringen, daß er aus einem guten, näher darzulegenden Grunde dieses Verbot nicht beachtet habe.

Eine andere Art von Geschäftsführung hinsichtlich fremder Angelegenheiten ohne Auftrag des Geschäftsherrn kommt in dem Fall vor, wenn Jemand in den Besitz der Güter seines Schuldners eingewiesen ist.[46b]

Letzterer hat hier gegen den nur für grobes Verschulden[47] haftenden Gläubiger, welcher nicht blos, freilich ohne Verschulden, sui lucri causa, sondern möglicher Weise auch ohne contemplatio domini handelt, eine der actio negotiorum gestorum directa analoge actio in factum, welche auch zulässig ist wegen Unterlassungen[48] vor jeglicher Administration, wenn nur der Gläubiger sich hat einweisen lassen und die Einweisung von ihm nicht aufgegeben ist.

---

45 L. 14 §. 10 D. (11; 7).

46a L. 14 §. 7 D. (11; 7).

46b L. 9, l. 14 §. 1 D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendendis (42; 5). L. 15 §. 34 D. de damno inf. (39; 2).

47 L. 8 §. 3, l. 9 pr. D. (42; 5).

48 Bei der Einweisung damni infecti nomine durch das erste Decret ist der Eingewiesene zur Ausbesserung nicht verpflichtet. L. 15 §. 30 D. de damno inf. (39; 2).

Zur Begründung dieser Klage ist also vor Allem die Einweisung und Gelangung in den Besitz sowie das Verbleiben darin[49] zu behaupten.

Wird auf das Interesse wegen groben Verschuldens geklagt, so ist letzteres, sowie das Interesse und der ursachliche Zusammenhang zwischen beiden näher darzulegen.

Obschon die vorliegende, wie auch die gleich zu erwähnende actio in factum, eine activ und passiv auf und gegen die Erben übergehende actio perpetua ist, verjährt sie doch, wenn die causa possessionis durch Dolus des Immittirten deteriorirt ist, in einem Jahre und geht dann passiv gegen den Erben nach Römischem Recht nur, soweit an ihn etwas gelangt oder dolose das Gelangen an ihn abgewendet war, nach Kanonischem Recht bis zum Belaufe seiner Erbschaft, über.[50]

Gleichfalls ist eine solche actio in factum dem Gläubiger gegeben. Diese wird durch ein Verbot des Schuldners nicht ausgeschlossen und ist auch nicht auf eine etwaige Bereicherung beschränkt, obgleich die Gestio der voluntas oder consuetudo domini widerspricht, falls sie nur noch der Meinung vernünftiger, sich eines Dolus oder einer culpa lata nicht schuldig machender[51] Personen als eine utilis anzusehen ist.

Bei der Begründung dieser Klage ist demnach zu behaupten, entweder daß die Gestio dem Willen oder der Gewohnheit des Geschäftsherrn entspreche oder daß sie nach der Meinung vernünftiger, sich eines Dolus oder einer culpa lata enthaltender Personen als eine utilis anzusehen sei[52] oder, wenn keins von beiden der Fall ist und auf die Bereicherung geklagt wird, daß eine solche vorliege.

II. Wirkliche oder fingirte Gemeinschaft (communio). Theilungsklagen (s. g. judicia divisoria).[1]

§. 255.

1. Die gemeine Theilungsklage (actio communi dividundo).

Ich habe den Deutschen Ausdruck mit Rücksicht auf die Deutschen Ausdrücke „Gränzscheidungsklage und Erbtheilungsklage" gesetzt. Im

---

[49] L. 9 §. 6 D. (42; 5).

[50] L. 9 §. 7 und 8, l. 10, l. 11 D. (42; 5).

[51] L. 9 pr. §. 2 D. (42; 5).

[52] L. 9 §. 3 D. (42; 5).

[1] Die actio familiae herciscundae ist bereits oben im §. 64 behandelt. Die Theilungsklagen sind judicia duplicia. Formell gilt der ad judicium Provocirende als Kläger. L. 2 §. 1 D. communi dividundo (10; 3): „In tribus duplicibus judiciis, familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, quaeritur, quis actor intelligatur? quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad judicium provocasset." Sie sind

Gegensatz gegen diese, als besondere Theilungsklagen, nenne ich die vorliegende „gemeine Theilungsklage".

Die actio communi dividundo (fast nur communi dividundo judicium genannt), welche sich auf die Gemeinschaft des Eigenthums oder anderer Rechte[2], welche Mehreren zu intellectuellen Antheilen[3] zustehen, gründet, einerlei ob die Gemeinschaft durch Vertrag entstanden ist oder nicht[4], setzt zu ihrer Begründung voraus:

a) die Angabe der Activlegitimation zur Sache. Activ legitimirt ist der Theilnehmer der Gemeinschaft.

b) Die Angabe der Passivlegitimation zur Sache. Passiv legitimirt ist gleichfalls der Theilnehmer der Gemeinschaft.

Es ist nicht nothwendig, daß alle Communionsinteressenten an der Klage Theil nehmen[5]; auch dann nicht, wenn es sich um Theilung der Sache im Gegensatz gegen die Auseinandersetzung wegen persönlicher Leistungen handelt. Derselbe Grundsatz gilt bei der actio familiae herciscundae, indessen in noch mehr beschränktem Grade, als bei unserer Klage. Bei der actio communi dividundo bildet der angegebene Grundsatz aber auch nur eine Ausnahme. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Antheile der nicht am Proceß theilnehmenden Interessenten auch nicht

---

ferner actiones mixtae, theils in rem, theils in personam — §. 20 J. de act. (4; 6): „mixtam causam obtinere videntur" —; ersteres wegen des Hauptzwecks, letzteres wegen der praestationes personales; aber auch in ersterer Hinsicht insofern in personam — l. 1 D. finium regundorum (10; 1) —, als sie nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können.

[2] Gemeinsame Detention mit Einschluß der in Folge der missio damni infecti nomine ex primo decreto genügt nicht (l. 4 §. 4, l. 7 §. 11 D. h. t.); auch nicht eine possessio injusta, also nicht eine possessio violenta und clandestina z. B. der Diebe — l. 7 §. 4 und 5 D. h. t. —; nicht die possessio precaria (daselbst); wohl aber gemeinsame Emphyteusis (l. 7 pr. D. h. t.), Superficies (l. 1 §. 8 D. de superf. [43; 18]), bonae fidei possessio (Publicianisches Eigenthum — l. 7 §. 2 D. h. t. —); justa possessio in Folge der missio in possessionem legatorum und ventris nomine (l. 7 §. 8 D. h. t.); gemeinsames Pfandrecht (l. 7 §. 6 D. h. t.); gemeinsamer ususfructus (l. 7 §. 7 D. h. t.).

[3] Ausnahmen enthalten für den usus l. 10 §. 1 D. h. t.; für die communio pro diviso l. 83 D. pro soc. (17; 2) in Verbindung mit l. 19 pr. D. h. t. Bei Realservituten kann wegen praestationes personales die actio negotiorum gestorum angestellt werden (l. 19 §. 2 D. h. t.), wegen einer Theilung des Gebrauchs selbst die act. communi dividundo (l. 19 §. 4 D. h. t.; l. 4 D. de aqua quot. et aest. [43; 20]).

[4] L. 2 pr. D. h. t.

[5] L. 8 pr. D. h. t.: „Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest." Vgl. Zimmermann, Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Kommunions-Interessenten, im A. f. d. c. P. 34. B. S. 192 fg. und oben §. 64 unter 2 und Note 3.

mit in die Theilungsmasse gezogen werden dürfen, ohne diese Möglichkeit aber eine Theilung nur selten ausführbar sein wird.

Zufolge der Regel: „Res inter alios judicatas aliis non praejudicare" wird bei dinglichen Rechten Dritter an dem Antheil des Communionsinteressenten die Klage gegen diese mit zu erheben sein, weil sie sonst an das Urtheil nicht gebunden wären.[6] Z. B. A. und B. sind Miteigenthümer eines Grundstücks zu gleichen Theilen, C. hat einen Nießbrauch am Antheil des B. Wenn A. nun gegen B. die actio communi dividundo angestellt und etwa eine reelle Theilung erwirkt hätte, so würde doch der Nießbrauch des C. an der dem A. adjudicirten pars pro diviso zur Hälfte ebensowohl fortbestehen, wie an der dem B. zugesprochenen. Ist aber die Klage mit gegen C. gerichtet, so würde der Richter bei der Adjudication den Theil des A. ganz entlasten können.[7]

Ist der Antheil des einen Interessenten einem Dritten verpfändet, so hat der andere Theilnehmer die Theilungsklage gegen den Pfandgläubiger als den am meisten Betheiligten zu richten.[8]

c) Die Bezeichnung des Gegenstandes. Dies kann sein: Theilung und Aufhebung der Gemeinschaft, Ersatz für Verwendungen und Beschädigungen, Mittheilung von Nutzungen[9], ein Verbot von Störungen in der Mitbenutzung, Wegnahme eines widerrechtlich errichteten Opus[10] u. s. w., oder das Eine oder Andere.[11]

d) Die Darlegung des Grundes. In dieser Hinsicht ist zunächst eine genügende Angabe über die Gemeinschaft selbst zu machen, die auch aus einer gemeinsamen Erbschaft, die sonst noch nicht aufgetheilt werden soll oder mit Nichtbeachtung der fraglichen Sache aufgetheilt ist, herstammen kann.[12]

---

[6] Vgl. l. 3 pr. D. de pign. (20; 1).

[7] L. 31 D. de usu et usufr. (33; 2).

[8] C. 2 C. communi dividundo (3; 37). Der Pfandgläubiger kann freilich die act. communi dividundo gegen einen Pfandgläubiger anstellen, auch vom Miteigenthümer seines Schuldners mit dieser Klage belangt werden — c. 2 C. cit.; l. 7 §. 13 D. h. t. —; aber doch wohl nicht selbst als Kläger gegen den Miteigenthümer auftreten. Vgl. Gruchot, Beiträge, XVI. Jahrgang (Berlin 1872), S. 789—802.

[9] L. 1—3 pr. D. h. t.

[10] L. 28 D. h. t. Zur Errichtung eines Opus als einer Disposition ist ein Mitinteressent, abgesehen von Nothfällen (l. 12 D. h. t.), nicht befugt. Hat der andere eingewilligt, so hat er natürlich keine Klage; sonst hat er eine Klage auf Wegnahme oder blos auf Schadensersatz. Letzteres, wenn er das Opus hindern konnte, aber dies unterlassen hat. Es gilt hier also nicht der Satz: „Qui tacet, consentire videtur"; die Möglichkeit, zu hindern, hat aber doch einige Wirkung.

[11] L. 34 D. pro soc. (17; 2). Die act. communi dividundo geht nicht auf Theilung von nomina; wohl aber im Fall einer Societät die actio pro socio. L. 43 D. pro soc. (17; 2).

[12] L. 4 pr. D. h. t. L. 16 §. 6, l. 20 §. 4, l. 44 pr. D. fam. erc. (10; 2).

Im Uebrigen ist die gemeinschaftliche Sache ausreichend zu bezeichnen, auch anzugeben, zu welchen Antheilen den Parteien das Recht daran zustehe. Der Besitz ist gleichgültig [13], braucht also nicht behauptet zu werden, selbst dann nicht, wenn der allein besitzende Beklagte allein berechtigt zu sein erklärt. Hier kann, aber muß nicht eine rei vindicatio pro parte der actio communi dividundo vorhergehen. [14]

In diesem Fall müßte die Mitberechtigung des Klägers besonders genau substantiirt werden, was bei einer gegenseitigen Anerkennung derselben überflüssig ist.

Ueberdies ist

1) wenn auf Theilung und Aufhebung der Gemeinschaft geklagt wird, weiter nichts erforderlich, es möchte denn eine besondere oder bestimmte Art der Theilung verlangt werden, in welchem Falle dieses Verlangen besonders begründet werden muß, etwa durch die Behauptung einer Uebereinkunft [15] oder den Nachweis einer besonderen Zweckmäßigkeit.

2) Bei einer Klage auf ein Verbot der Störung des Klägers in der Mitbenutzung oder deren Art oder auf ein Verbot einer gewissen Art der Benutzung Seitens des Beklagten ist darzulegen, daß die fragliche Mitbenutzung oder Art der Benutzung des Klägers gehindert, bezw. die fragliche Art der Benutzung Seitens des Beklagten unstatthaft sei. Der Regel nach kann nämlich der Miteigenthümer wider Willen des Anderen freilich nicht verfügen, aber benutzen, jedoch unter Beachtung eines gleichen Rechts des Anderen.

3) Im Fall eines Antrages auf Ersatz für Verwendungen ist anzugeben, daß Kläger solche und in welcher Höhe in angemessener Weise [16] sowie im Interesse der Gemeinschaft und für dieselbe während des Bestehens der Gemeinschaft [17] gemacht habe. Sind die Verwendungen noch nicht gemacht, so müßte hervorgehoben werden, daß sie unmittelbar be-

---

Ueber die Statthaftigkeit unserer Klage im Fall einer noch nicht geschehenen Erbschaftstheilung s. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 47.

[13] L. 30 D. h. t.: „Communi dividundo judicio recte agi, sive neuter possideat, sive alter sociorum tantum non possideat."

[14] Man beachte aber C. P. O. §§. 137 und 276. Vgl. auch l. 18 D. de exc., p. e. p. (44; 1).

[15] L. 3 §. 1 D. h. t. Die Uebereinkunft ist bei der act. communi dividundo und familiae herciscundae, nicht auch immer bei der actio finium regundorum, für den Richter bindend. Vgl. dabei l. 26 D. de re jud. (42; 1). Durch Uebereinkunft können auch sonst zu theilende Sachen ausgeschlossen werden. L. 13 D. h. t.

[16] L. 8 §. 3 D. h. t. L. 27 pr. D. de neg. gest. (3; 5).

[17] L. 4 §. 4 D. h. t. Jedoch soll bei der missio in possessionem ex secundo decreto im Fall verweigerter cautio damni infecti nomine auch wegen der vor der missio ex secundo decreto von Einem der Eingewiesenen gemachten Verwendungen

vorständen, nothwendig seien und deshalb Gewährung des Beitrages dazu verlangt würde.[18]

4) Bei einem Antrage auf Ersatz für Beschädigungen[19] muß bemerkt werden, daß Beklagter solche und von welchem Betrage durch Culpa[20] verursacht habe.

5) Wird auf theilweise zu beschaffende Mittheilung von Nutzungen angetragen, so ist zu sagen, daß Beklagter solche und wie hohe von der gemeinsamen Sache zur Zeit des Bestehens der Communion[21] bezogen habe.

Auf die unter 3—5 angegebenen persönlichen Leistungen kann sowohl gleichzeitig mit der Theilung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, als auch ohne solche geklagt werden, mag im letzteren Fall die Gemeinschaft erloschen sein[22] oder noch fortbestehen.[23] Letzteres ist ohne Grund bestritten.

Konnte in Ansehung der persönlichen Leistungen der Communionsinteressent für seinen Antheil allein handeln und hat er doch für das Ganze gehandelt, so ist nicht die actio communi dividundo, sondern eine andere Klage, bei fehlendem Auftrage die actio negotiorum gestorum[24] anwendbar. Es ist daher zur Begründung der actio communi dividundo, falls solches zweifelhaft sein könnte, besonders hervorzuheben, daß nicht pro parte gehandelt werden konnte.[25]

Beklagter kann gegen die Klage auf die persönlichen Leistungen einwenden, daß Kläger, bezw. Beklagter die gemeinsame Sache für seine eigene gehalten habe. In diesem Falle findet nur eine Einrede zur Geltendmachung jener Statt. Nur subsidiär kann die actio negotiorum gestorum auf die Bereicherung angestellt werden, mag es sich um Verwendungen oder Nutzungen (abgesehen von consumirten Früchten als Er-

---

gegen den Miteingewiesenen die act. communi dividundo anwendbar sein. L. 15 §. 19 D. de damno inf. (39; 2).

[18] L. 15 D. h. t.

[19] L. 8 §. 2 D. h. t.

[20] Ist für die Klage schon ein anderer Rechtsgrund vorhanden, wie die Verpflichtung zur Rücklieferung einer empfangenen gemeinsamen Sache, so muß Beklagter sich exculpiren. Desgl. wenn ihm eine absolute culpa levis nachgewiesen ist und er sich dagegen auf die Haftung nur für relative culpa levis beruft. Die culpa kann bei dem, der die Gemeinschaft kennt, auch eine solche in non faciendo sein. L. 14 pr. D. h. t.

[21] L. 4 §. 3 D. h. t.

[22] Die Klage ist dann utiliter anwendbar. L. 6 §. 1, l. 11 D. h. t.

[23] L. 14 §. 1 D. h. t.

[24] L. 6 §. 2 und 7 D. h. t. Sie ist bei einer uneigentlichen Communion in solidum (z. B. bei Realservituten) wegen praestationes personales anstatt der ausgeschlossenen act. communi dividundo auch statthaft, obschon pro parte nicht gehandelt werden konnte. L. 19 §. 2 D. h. t.

[25] Denn die fragliche Behauptung betrifft eine rechtsbegründende Thatsache.

satz pro cura et cultura des gutgläubigen Besitzers) oder Beschädigungen handeln.[26]

Bei einem Irrthum über die Person des Miteigenthümers ist unsere Klage utiliter anwendbar.[27]

e) Die Antragstellung. Diese ergibt sich aus den vorstehenden Bemerkungen.[28]

Dabei ist zu beachten, daß die in Ansehung der Art und Weise einer beantragten Theilung im Allgemeinen geltende, sich auf Adjudicationen und Condemnationen miterstreckende Officialmaxime die persönlichen Leistungen nicht berührt.

§. 256.

2. Die Gränzscheidungsklage (actio finium regundorum).[1]

Diese Klage (meistens judicium finium regundorum und finium regundorum actio genannt) erfordert zu ihrer Begründung die Behauptung, daß

a) dem Kläger, sowie bezw.

b) dem Beklagten

ein Eigenthum oder ein jus in re[2] an den an einander liegenden Grundstücken zustehe.[3]

---

[26] L. 14 §. 1, l. 29 pr. D. h. t. Wenn eigentlich weder die actio negotiorum gestorum, noch die act. communi dividundo anwendbar wäre, so wird im Fall eines Bedürfnisses die erstere Klage leichter zugelassen, als die andere; wenn aber erstere nicht zum Ziele führen kann, wie bei Theilung eines Usus oder einer Realservitut, dann schließlich die act. communi dividundo. L. 10 §. 1, l. 19 §. 4 D. h. t.

[27] L. 6 pr., l. 29 pr. D. h. t.

[28] Eine richterliche Theilung in Folge einer Theilungsklage kann nur in der gewöhnlichen Weise angefochten werden, also mit einem eigentlichen Rechtsmittel vor Eintritt der Rechtskraft, sonst nur mit der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage. Wenn aber die richterliche Theilung selbst nicht angefochten werden soll, sondern es sich nur um nachträgliche Theilung einer dabei übersehenen gemeinschaftlichen Sache handelt, so kann ohne Weiteres die act. communi dividundo angestellt werden (l. 4. §. 2 D. h. t.); es möchte denn die C. P. O. §. 292 zutreffend sein.

[1] L. 1 D. finium regundorum (10; 1): „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est." Der Vorjustinianeische Unterschied zwischen der controversia de finibus (finale jurgium, finalis quaestio, finalis jurgii intentio), dem 5 Fuß breiten Streifen zwischen agri limitati vel assignati, und der controversia de loco (locorum intentio) ist ohne Bedeutung. Damit ist aber nicht gesagt, daß nicht jetzt auch noch eine controversia de finibus vorkommen könnte. Wenn z. B. bei Auftheilung einer Feldgemeinschaft jedem Interessenten ein Stück von 400 Quadratmetern mit bestimmten Gränzen und einem die einzelnen Antheile trennenden Streifen von 5 Fuß oder einer anderen Breite zugetheilt und dieser Streifen ungewiß und streitig geworden wäre, so würde die act. finium regundorum als controversia de finibus bezeichnet werden können.

[2] L. 4 §. 9 D. h. t. Nach dieser Stelle können auch der Emphyteuta, Usus-

Bei einem Miteigenthum Mehrerer an dem einen oder anderen Grundstück müssen alle Interessenten mitklagen oder mitbelangt werden, da eine Grenzregulirung ohne Berührung der Rechte Aller nicht möglich ist und es willkürlich sein würde, die actio finium regundorum nach Analogie der Klagen wegen untheilbarer Servituten und Obligationen Einem oder gegen Einen in solidum zu gestatten. Wenn nicht alle klagen oder belangt werden, kann die s. g. exceptio plurium litis consortium mit der Wirkung einer Abweisung angebrachtermaßen vorgeschützt werden.

c) Hinsichtlich des Gegenstandes ist zu bemerken, daß es sich um Ermittelung und Herstellung der richtigen Gränzen[4] und eventuell um Theilung des ungewissen und streitigen Grundstücks, ferner um die persönlichen Leistungen[5] handle. Dahin kann auch die Wegnahme von Gebäuden, Bäumen u. d. m. gehören.[6]

d) Als Grund der Klage ist anzugeben, daß die nicht durch Gebäude festgestellten[7] Gränzen zweier oder mehrerer[8] anliegender[9] länd-

---

fructuarius und Pfandgläubiger Parteien sein, natürlich auch ein gutgläubiger Besitzer und Superficiar. Es fragt sich, ob auch der Inhaber einer Realservitut gegen den Nachbar des dienenden Grundstücks klagen oder von demselben belangt werden könne. Mir scheint dies statthaft zu sein. Dagegen findet sie nicht zwischen dem Inhaber der Realservitut und dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks Statt, wenn etwa der Umfang des Servitutenrechts streitig und ungewiß geworden ist. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 14.

[3] Miteigenthum des Klägers an dem Grundstück des Beklagten oder umgekehrt hindert die Klage. L. 4 §. 7 D. h. t.

[4] Während, abgesehen von außergewöhnlichen Naturereignissen und besonderen Normen, die Gränze zwischen dem Meer und öffentlichen Flüssen oder Gewässern einerseits und den anstoßenden Grundstücken andererseits durch den höchsten Wasserstand gebildet wird, muß bei Privatgewässern der mittlere Wasserstand entscheidend sein. §. 3 J. de rer. div. (2; 1). L. 3 §. 1 D. de flum. (43; 12). L. 112 D. de V. S. (50; 16). Der Grund dieser Unterscheidung liegt darin, daß bei jenen die dazu gehörenden Ufer selbst auch dem usus publicus unterliegen und daher die größere Ausdehnung sich rechtfertigt. S. übrigens E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 83.

[5] L. 4 §. 1 D. h. t.

[6] L. 4 §. 3 D. h. t.

[7] L. 4 §. 10 D. h. t.: „et ea communibus parietibus plerumque disterminantur. Et ideo, etsi in agris aedificia juncta sint, locus huic actioni non erit. Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.“

[8] L. 4 §. 8 D. h. t.

[9] Ein die Grundstücke trennender öffentlicher Weg oder Fluß hindert die Klage; nicht aber ein rivus privatus. L. 4 §. 11, l. 5, l. 6 D. h. t. Vgl. auch Striethorst's Archiv 40. B. Nr. 57. Im ersteren Fall ist die Klage nur zwischen denen unstatthaft, welche an den Weg oder Fluß, aber nicht an einander gränzen. Auch ist unsere Klage dann für anwendbar zu halten, wenn der öffentliche Weg anerkanntermaßen eine bestimmte Breite hat, z. B. von 16 Fuß, und nun zwischen denen, die

licher oder städtischer[10] Grundstücke ungewiß und streitig[11] geworden seien.

Wenn blos auf Ermittelung und Herstellung der richtigen Gränzen und eventuell auf Theilung des ungewissen und streitigen Grundstücks geklagt wird, genügen die angegebenen Punkte.

Wird auch auf persönliche Leistungen geklagt, so gilt dasselbe, was im §. 255 unter 3—5 bemerkt ist. Dabei ist zu beachten, daß die vor der Litispendenz gezogenen consumirten Früchte nicht in Betracht kommen, indem der bonae fidei possessor sie gewinnt und der malae fidei possessor sie auf eine Condiction hin ersetzen soll. Nur die von dem bonae wie malae fidei possessor vor der Litispendenz percipirten, nicht consumirten[12] Früchte sind bei unserer Klage zu berücksichtigen. Ist darauf mitangetragen, so brauchte übrigens zur Begründung die mangelnde Consumtion nicht betont zu werden. Vielmehr hätte der Gegner die Consumtion zu behaupten.

e) Der Antrag ergibt sich aus dem Bemerkten. Dabei ist zu beachten, daß im Fall einer auf Antrag oder von Amtswegen vorgenommenen Adjudication eine Condemnation zur Leistung des Werths des zu viel Erhaltenen erfolgen muß. Da in Ansehung dieser Adjudication und Condemnation die Officialmaxime[13] gilt, ist ein besonderer Antrag und eine Begründung in Ansehung derselben nicht nothwendig.[14] Die Klage kann auch mit auf

---

nicht an einander, sondern nur an den Weg gränzen, darüber gestritten wird, ob der Weg von dieser Breite mehr oder weniger nach dem einen oder anderen Grundstück hin sich erstrecke.

[10] L. 4 §. 10 D. h. t.

[11] Führt der Besitzstand zu bestimmten Gränzen, so sind die richtigen Gränzen, unter Anführung der dafür sprechenden thatsächlichen Umstände, vom Kläger anzugeben. Ist die Gränzverwirrung eine solche, daß auch die Gränzen des Besitzes ungewiß sind, so ist die Bezeichnung bestimmter Gränzen zur Begründung der Klage nicht nothwendig. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 13. Die Klage wird durch eine feste Gränze und den Besitz des Beklagten nicht ausgeschlossen. Schl.-Holst. A. v. 1877, S. 38. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 5.

[12] L. 4 §. 2 D. h. t.

[13] Sie gilt auch in Betreff der Zuziehung eines Landmessers oder sonstigen Sachverständigen. L. 8 §. 1 D. h. t. C. 3 C. finium regundorum (3; 39). C. P. O. §. 135.

[14] Die C. P. O. §. 279 bestimmt, daß das Gericht nicht befugt sei, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt sei.

Diese Vorschrift ist freilich auch auf die Theilungsklagen zu beziehen; jedoch ist im Zweifel anzunehmen, daß auch jede dem Richter passend erscheinende Art der Theilung, wenn auch nur eventuell, mitbeantragt sei. Nur dann, wenn unter Ausschließung anderer Theilungsarten, Kläger eine bestimmte Theilungsart allein gewollt und beantragt hätte, diese aber vom Gericht verworfen würde, müßte das Gericht den Kläger abweisen, es möchte denn Beklagter durch seinen Antrag dem Gericht freie Hand gelassen haben.

Herstellung deutlicherer Gränzen, als sie bisher waren, gerichtet werden. Dieser Antrag würde durch Gründe der Zweckmäßigkeit genauer zu begründen sein. Sonst könnte freilich der Richter solche Gränzen doch noch von Amtswegen anordnen.[15] Wenn er es aber nicht thäte, so würde die Partei, welche sich darüber beschwerte, selbst im Falle des Siegs, der Verurtheilung zur Tragung der Kosten der zweiten Instanz der Regel nach nicht entgehen können, da ein Verschulden ihrerseits in dem erst in zweiter Instanz beschafften Vorbringen jener Zweckmäßigkeitsgründe meistens gefunden werden müßte.

III. Condictionenfälle.

§. 257.

Allgemeine Vorbemerkungen.

1. Condictio causa data causa non secuta.

Bei den (selten durch actiones bezeichneten) Condictionen, die nach Römischem Recht stricti juris waren, muß im Allgemeinen beachtet werden, daß

1) es sich hier nur um diejenigen, mit einem besonderen Namen[1] versehenen Condictionen handelt, welche auf einem Quasicontract[2] beruhen;

2) mit denselben dem Beklagten etwas abgefordert wird, was in

---

[15] §. 6 J. de off. jud. (4; 17). L. 2 §. 1 D. h. t.

[1] Damit ist die cond. ex lege ausgeschlossen. Eine solche ist an verschiedenen Stellen dieser Schrift theils schon hervorgehoben, theils noch hervorzuheben. Im Allgemeinen mag hier Folgendes bemerkt werden. Es heißt im tit. D. de condictione ex lege (13; 2):

„1. Paulus libro II. ad Plautium. Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.“

Die cond. ex lege setzt demnach nur voraus:

a) daß es sich um eine Obligation, also eine actio in personam, handle;

b) daß sie durch eine lex nova eingeführt sei;

c) daß das genus actionis nicht bestimmt worden.

Der Streit darüber, was unter lex nova zu verstehen sei, ist unerheblich. Ob man darunter nur eine lex im engeren Sinne (im Gegensatz gegen das Edict, das Juristenrecht u. s. w.) mit Einschluß der Constitutionen der Kaiser — c. 12 §. 1 C. de P. H. (3; 31); c. 22 §. 6 C. de jure del. (6; 30) — oder jede Rechtsquelle verstehen dürfe, hat weder praktisch noch theoretisch Werth. Eine Beschränkung auf leges im engeren Sinne und Constitutionen der Kaiser dürfte übrigens willkürlich sein. Da die cond. ex lege sehr verschiedene Klagen sein können, haben sie im System keinen besonderen Platz.

[2] Nur in Ansehung der cond. indebiti ist im C. J. Civ. ausdrücklich von dem Gesichtspunkt des Quasicontracts die Rede. §. 6 J. de obl., quae quasi ex contr. (3; 27). L. 33 D. de cond. ind. (12; 6). L. 5 §. 3 D. de O. et A. (44; 7). Ich glaube aber, diesen Gesichtspunkt auch bei allen Condictionen der §§. 257—261

sein Vermögen aus dem des Klägers übergegangen ist[3], wobei ich an das de meo tuum des Paulus in l. 2 §. 2 D. de R. C. (12; 1) erinnere;

3) die Grundsätze des Römischen Rechts, welche nur eine Folge des jus strictum sind, wie die Ausschließung von Verzugszinsen[4], nicht mehr gelten;

4) ebenfalls nicht das Reurecht bei den Römischen Innominatreal-contracten;

5) die nachstehenden Condictionen, insbesondere die condictio indebiti, der condictio ex mutuo analog eingeführt und entwickelt sind[5], so daß auch z. B. im Fall der Zahlung einer Nichtschuld mit fremdem Gelde die condictio indebiti, sofern nicht blos der Besitz condicirt wird, erst in Folge der Consumtion oder Ersitzung begründet sein würde;

6) der Condiction der Sache, wenn der Empfänger der fremden Sache inzwischen durch Ersitzung Eigenthümer geworden ist, von Seiten des Gebers gar kein Hinderniß entgegensteht[6];

7) unsere Condictionen von den Juristen ex bono et aequo eingeführt sind[7], woraus sich auch der Anschluß an das mutuum, daher die Condiction, die stricte Natur u. s. w. erklären;

8) auch nach l. 36 D. de O. et A. (44; 7) die Condictionen (mit Einschluß der condictio furtiva) nicht infamirten, weil eine solche Folge mit dem jus strictum nicht vereinbar wäre.

---

1. Condictio causa data causa non secuta (oder condictio ob causam datorum).

Zur Begründung muß behauptet werden, daß

a) der Kläger

b) von dem Beklagten

---

dieser Schrift annehmen zu dürfen. Denn ein genügender Grund zu einer verschiedenen Auffassung ist nicht vorhanden. Auch ist das mutuum das Vorbild aller. Andere verwerfen ihn gänzlich. Der Streit darüber ist praktisch nicht unerheblich. Z. B. bei der rei vindicatio lucrirt der bonae fidei possessor die consumirten Früchte; bei der cond. indebiti hätte er solches lucrum mitherauszugeben. Der Grund liegt in den persönlichen Beziehungen bei der cond. indebiti, die kurz ganz passend als Quasicontract bezeichnet werden.

Die in den §§. 257—261 beobachtete Reihenfolge schließt sich der in den Digestentiteln befolgten an. Dieselbe hat gewiß eine historische Berechtigung für sich. Ich halte also die cond. causa data causa non secuta für die zuerst zugelassene.

[3] Bei geleisteten operae kann eine cond. oder eine sonstige Klage wegen grundloser Bereicherung angestellt werden. L. 26 §. 12 D. de cond. ind. (12; 6). L. 25 D. de praesc. verb. (19; 5).

[4] C. 1 C. de cond. ind. (4; 5).

[5] Gaji J. III. §. 91. L. 5 §. 3 D. de O. et A. (44; 7).

[6] L. 13 pr., l. 33 D. de mort. causa don. (39; 6).

[7] L. 66 D. de cond. ind. (12; 6): „Haec condictio ex bono et aequo

c) eine demselben zugegangene Vermögensbereicherung[8] nebst Früchten und sonstigen Accessionen[9] sowie heutigen Tags auch Verzugszinsen verlangen könne,

d) weil er ihm eine solche unter der ausgesprochenen oder den Umständen nach zu erkennen gegebenen und daher anzunehmenden[10] Erwartung eines künftigen, indessen nicht eingetretenen und nicht mehr möglichen oder den Umständen nach nicht mehr abzuwartenden[11] Erfolges[12] geleistet habe

---

introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit."

[8] Z. B. auch Befreiung von einer Schuld. L. 10 D. de condictione causa data, causa non secuta (12; 4). In Ansehung der Bereicherung, soweit darauf etwas ankommt, ist bei allen Condictionen im Allgemeinen zur Begründung der Klage die Behauptung genügend, daß eine solche dem Beklagten einmal, wenn auch vor der Klagerhebung, zugegangen sei. Dieser kann dann der Regel nach einwenden, daß sie wieder fortgefallen sei. Dagegen ließe sich unter Umständen replicando geltend machen, daß hier der Satz anwendbar sei: „Genus perire non censetur" oder daß Beklagter den Fortfall dolo verursacht oder doch in dieser Hinsicht in einem verantwortlichen Verschulden sich befunden habe u. d. m. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 66. Die Bereicherung ist übrigens als noch vorhanden anzusehen, wenn dafür ein Aequivalent erzielt ist, z. B. die erhaltene Sache zur Befriedigung eines Gläubigers verwandt worden. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 32. Sofern die cond. ausnahmsweise als Bereicherungsklage im engeren Sinne erscheint, z. B. gegen den beschenkten Ehegatten auf Rückgabe, gelten die oben im §. 15 Note 56 angegebenen Grundsätze.

[9] L. 7 §. 1, l. 12 D. h. t. L. 38 §. 1 und 3 D. de usur. (22; 1).

[10] Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 181 und 182.

[11] L. 8 D. h. t. L. 7 D. de praesc. verb. (19; 5).

[12] L. 3 pr. D. h. t. So lange der Erfolg noch eintreten kann und abzuwarten ist, existirt noch keine Obligation auf Rückgabe, mag im Uebrigen die causa futura in der Erfüllung einer Obligation bestehen oder nicht, mag die Nichterfüllung eine eigentliche Bedingung sein oder nicht. L. 19 pr. D. de R. C. (12; 1). Der erwartete Erfolg muß freilich eine res non inhonesta sein (l. 1 pr. D. h. t., l. 1 §. 1 D. de cond. o. t. v. i. c. [12; 5]); jedoch ist es nicht Sache des Klägers, dies zu behaupten, sondern des Beklagten, einzuwenden, daß die causa futura eine inhonesta sei. Wenn es sich um eine durch den Geber klageweise verfolgbare Leistung des Empfängers handelt und derselbe durch Zufall an der Erfüllung verhindert ist, so ist unsere Klage nicht anwendbar. L. 3 §. 3 und 4 D. h. t. C. 10 C. de condictione ob causam datorum (4; 6): „Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse, certum est." Beklagter hat dann eine betreffende Einrede vorzubringen, wogegen replicirt werden kann, daß die Rückgabe der Absicht der Betheiligten entspreche.

Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß die cond. causa data causa non secuta wegen Nichteintritts der causa futura in folgenden Fällen anwendbar ist:

a) wenn die causa futura vom Zufall abhängt, wie bei der Schenkung auf den Todesfall;

b) wenn sie von einem Dritten abhängig ist, z. B. davon, daß dieser heirathen würde;

c) wenn sie vom Geber abhängig ist, etwa daß dieser die Erbschaft antreten würde;

d) wenn der Geber als Mandant im weiteren Sinne beliebig revociren kann;

e) wenn der Empfänger, ohne gebunden zu sein, über die causa futura verfügen kann;

f) wenn er mit der actio praescriptis verbis belangt werden konnte und schuldvoll nicht oder noch nicht erfüllt hatte, oder evincirt war, nach Röm. Recht — l. 5 §. 1 D. de praesc. v. (19; 5); l. 3 §. 3 D. h. t.; c. 10 C. h. t. c. 1, 4, 5 und 7 C. de rer. perm. (4; 64) —; jetzt nicht mehr, indem jetzt nach Wegfall der Innominatrealcontracte und Verwandlung derselben in Consensualverträge nur auf Erfüllung, eventuell das Interesse, geklagt werden könnte;

g) vor Einführung der actio praescriptis verbis in den Fällen, in welchen diese Klage später zugelassen wurde, indem durch die Einführung dieser Klage, jedenfalls bald nachher, abgesehen von dem Fall unter f, die cond. beseitigt wurde — Witte, Die Bereicherungsklagen (Halle 1859), S. 104 bis 131 —;

h) wenn bei zweiseitigen Verträgen das Gegebene nicht zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit, sondern blos provisorisch, etwa cautionsweise, gegeben ist und der Empfänger schuldvoll nicht erfüllt hat oder für den Zufall einstehen soll.

Unsere Klage ist im Einzelnen (s. Arndts a. a. O. §. 342 Anm. 2) anwendbar, z. B. bei einer Schenkung oder einem Vermächtniß unter einem Modus, wenn letzterer durch Schuld des Empfängers oder im Fall einer entsprechenden Absicht des Schenkers oder Erblassers auch ohne Schuld nicht mehr erfüllt werden kann (l. 11 D. h. t.; c. 2 und 8 C. h. t.); bei einer Schenkung auf den Todesfall — neben der actio praescriptis verbis oder unter Umständen einer rei vindicatio directa oder utilis —, wenn die Gefahr, wegen welcher geschenkt wurde, beseitigt ist (l. 12 D. h. t.), wobei, wenn der Beschenkte inzwischen verkauft hat, auch das erhaltene Pretium ohne Weiteres condicirt werden kann (l. 19, l. 37 §. 1 D. de mort. causa don. (39; 6); in Betreff des zur Erfüllung einer Bedingung Gegebenen, wenn der unter dieser Bedingung zugewendete Erwerb (z. B. eine Erbschaft oder ein Vermächtniß) doch ausgeschlagen oder anderweitig nicht erlangt wird (l. 1 §. 1, l. 2 D. h. t.); wenn ein Schuldner gegen die zu beschaffende Stellung eines anderen Schuldners liberirt, letzterer aber nicht gestellt wird (l. 4 D. h. t.); bei der Hingabe eines Handgeldes, wenn der betreffende Vertrag, z. B. Gesindevertrag, überhaupt gar nicht zur Ausführung gekommen ist; bei der Hingabe einer Dos, wenn die Ehe wegen Todes oder Aufhebung des Verlöbnisses nicht eingegangen ist (l. 6, 7 pr. §. 1, l. 8 D. h. t.; c. 1 C. h. t.); bei der Auslieferung einer Quittung oder eines Schuldscheines vor der Zahlung, wenn letztere verweigert ist; bei einer Leistung an den Stellvertreter in der Voraussetzung, daß der Vertretene sie genehmigen werde, die Genehmigung aber versagt ist (l. 14 D. h. t.); bei Erfüllung eines Vergleichs, wenn dessenungeachtet der Gläubiger eine Verurtheilung wegen der ursprünglichen Forderung erwirkt hat (l. 23 §. 3 D. de cond. ind. [12; 6]); bei einer Collation, wenn der Conferirende nicht Erbe wird (l. 13 D. h. t.; l. 3 §. 5 D. de coll. bon. [37; 6]); bei einer provisorischen Zahlung des Kaufpreises, wenn nicht vertragsmäßig oder gesetzlich die Waare geliefert wird, wogegen in diesem Fall bei definitiver Zahlung nur auf vertragsmäßige oder gesetzliche Lieferung, eventuell das Interesse, mit der actio emti geklagt werden könnte.

Wenn der Finder die gefundene Sache an die Behörde zum Zweck der Ermittelung des Eigenthümers und Auslieferung an selbigen übergibt, dieser indessen

und weil die Rückforderung dem erklärten oder vermuthlichen Willen der Parteien entspreche.[13]

e) Der Antrag geht dahin, Beklagten zu verurtheilen, das Empfangene[14] sammt den specificirten Früchten und sonstigen Accessionen oder selbigen vorbehältlich einer Specification und Liquidation, auch den Zinsen seit einer Mora, eventuell seit Zustellung der Klage, an den Kläger zu leisten.

§. 258.
2. Condictio ob turpem causam.

Zur Begründung ist zu behaupten, daß

a) der Kläger,

b) dem Beklagten

c) das von ihm in dessen Vermögen Gebrachte nebst Früchten, Accessionen und jetzt auch Verzugszinsen, mag der Empfänger noch bereichert sein oder nicht[1], abverlangen könne,

d) weil er es ihm wegen eines näher anzugebenden künftigen, ein-

---

nicht ermittelt wird, so fragt sich, ob er eine Klage auf Rückgabe anstellen könne und welche. Ein Klage scheint mir statthaft zu sein. Aber nicht eine dingliche, denn eine res nullius liegt doch nicht vor und demnach auch keine Eigenthum gebende Occupation. Nur ausnahmsweise ließe sich annehmen, daß der Finder in gerechtfertigter Weise die Sache für derelinquirt halte. Dann hätte er die actio in rem Publiciana. Abgesehen von diesem seltenen Fall scheint mir aber ganz allgemein eine cond. causa data causa non secuta, und, wenn die eventuelle Rückgabe ausdrücklich oder in genügend schlüssiger Weise stillschweigends bedungen ist, auch die actio praescriptis verbis anwendbar zu sein. Condicirt wird die Detention, da, wenn auch kein genügender Vertrag wegen eventueller Rückgabe vorliegen sollte, doch die Wiedereinräumung der Detention offenbar der einer bona fides entsprechenden Absicht der Betheiligten gemäß sein dürfte. Liegt ein genügender Vertrag vor, so ist die actio praescriptis verbis zulässig mit Rücksicht auf den Gesichtspunkt „facio, ut facias". Vgl. über diesen Fall Gruchot, Beiträge, X. Jahrgang (Berlin 1866), S. 444—449.

Der Kläger muß den Nichteintritt der causa futura der Regel nach beweisen. Eine Ausnahme tritt ein, wenn er durch eine Vermuthung von der Beweislast befreit ist, z. B. die causa futura in der Erfüllung einer Obligation, abgesehen von obligationes non faciendi, besteht. Ueber andere Ansichten vgl. Mayen a. a. O. S. 254 fg. und Schlesinger a. a. O. S. 207—216. Vgl. auch Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 281 und 35. B. Nr. 235.

[13] Es handelt sich also um eine Voraussetzung, nicht einen bloßen Beweggrund.

[14] Auch im Falle der aestimatio dotis venditionis causa würde bei Nichtschließung der Ehe nicht der Preis, sondern die Sache zu fordern sein. L. 17 §. 1 D. de J. D. (23; 3).

[1] C. 7 C. de condictione ob turpem causam (4; 7): „— — — licet mortua vel alio fortuito casu periisse dicantur, quum hoc casu in rem mora fiat."

getretenen oder nicht eingetretenen[2] Zwecks gegeben habe und die Annahme Seitens des Beklagten für denselben eine turpitudo[3] enthalte.

e) Der Antrag stimmt mit dem des vorigen Paragraphen überein.

§. 259.

3. Condictio ob injustam causam.[1]

Der alleinige Unterschied wohl zwischen der condictio ob turpem causam und der condictio ob injustam causam besteht darin, daß es

---

[2] C. 4. C. h. t.

[3] Z. B. wenn zur Unterlassung einer strafbaren Handlung, wie einer Beleidigung (l. 2 pr. D. de condictione ob turpem vel injustam causam [12; 5]) oder zur Erfüllung einer ohnehin bestehenden Verpflichtung, wie Rücklieferung einer commodirten Sache (l. 2 §. 1, l. 9 D. h. t.; l. 5 D. de tut. — act. [27; 3]), etwas gegeben ist.

Wenn auch der Geber sich in turpitudine befindet, z. B. es sich um Begehung eines Diebstahls oder Fällung eines ungerechten oder gerechten Urtheils handelt (l. 2 §. 2 und 3 D. h. t.), kann Beklagter die Klage durch eine Einrede elidiren (l. 9 D. de doli mali — exc. [44; 4]); c. 2 C. h. t.

Das der meretrix Gegebene kann aus dem doppelten Grunde nicht condicirt werden, weil der Geber sich in turpitudine befindet, nicht aber die meretrix. L. 4 §. 3 D. h. t. Auch Schenkungen an letztere sind gültig. L. 5 D. de don. (39; 5). Der Vertrag zwischen einer Geschwächten und dem Stuprator über ein Schweigegeld ist an sich nicht turpis. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 190. Desgl. nicht der Vertrag zwischen der Geschwächten und einem der mehreren Concumbenten, gegen Zahlung einer Abfindungssumme nicht ihn, sondern einen anderen Concumbenten in Anspruch zu nehmen. Mithin ist die cond. ob turpem causam ausgeschlossen und andererseits eine Klage auf Erfüllung statthaft. Bei der Klage gegen den anderen Concumbenten müßte aber das Erhaltene gekürzt werden. Sonst könnte deshalb von diesem eine Einrede vorgebracht oder condicirt werden. Ebenfalls ist ein Vertrag zwischen einem Verbrecher und dem Verletzten, zwischen dem Ehebrecher und dem unschuldigen Ehegatten über Leistung einer Abfindungssumme in Ansehung eines Schadens an sich nicht schimpflich. Freilich können begleitende Umstände eine turpitudo, sogar eine strafbare Handlung, z. B. Erpressung, begründen. Erscheint die Abfindung nicht als Schadensersatz, sondern als erkauftes Stillschweigen in Betreff einer strafrechtlichen Verfolgung, so dürfte insbesondere immer jedenfalls auf Seiten des Empfängers eine turpitudo anzunehmen sein. C. 9 C. de contr. et comm. tip. (8; 37): „Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, quum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur.“ L. 4 pr. §. 1 D. h. t. und auch Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 134.

Abgesehen von dem §. 173 Ziffer 1 der K. O. enthält das heimliche Ausbedingen höherer Procente, als die übrigen Gläubiger erhalten, von Seiten eines Gläubigers bei Accorden an sich noch nicht eine turpitudo. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 38.

[1] L. 6 und 7 D. (12; 5). L. 13 §. 1 D. dep. v. contra (16; 3). L. 6 D. de don. i. v. e. u. (24; 1).

sich bei jener um eine causa futura, bei dieser um eine causa praeterita causa handelt.

§. 260.

4. Condictio indebiti.

Bei dieser, auch indebiti condictio und actio indebiti genannten Klage ist hervorzuheben, daß

a) Kläger als derjenige, welcher oder dessen Vertreter geleistet habe, activ,

b) Beklagter als der, dem oder dessen Vertreter, sofern er zur Annahme mitbeauftragt war oder Beklagter die Zahlung an ihn genehmigt hat [1], geleistet worden, passiv

zur Sache legitimirt seien;

c) daß es sich um Rückgabe des Geleisteten, bezw. eines Aequivalents sammt Accessionen, Früchten und jetzt auch Verzugszinsen handle. [2]

d) Als Grund der Klage ist Folgendes anzugeben:

1) Es sei die Solution beschafft, mag eine solche im engeren Sinne, oder eine Hingabe an Zahlungsstatt oder die Leistung des Werthes vorliegen. Ferner ist es unerheblich, ob es sich um Uebertragung des Eigenthums, Einräumung eines jus in re, Erlaß eines solchen [3], Uebertragung des bloßen Besitzes [4], Begründung oder Erlaß einer Forderung [5]

---

[1] L. 6 §. 2 D. de condictione indebiti (12; 6).

L. 16 pr. D. rat. rem hab. (46; 8). Die in letzter Stelle bezeichnete condictio gegen den Procurator, falls der Vertretene weder beauftragt noch ratihabirt hat, ist natürlich nicht die cond. indebiti, sondern eine andere, die condictio sine causa oder die condictio causa data causa non secuta. Wenn ein delegirter Nichtschuldner in der Meinung, er sei Schuldner, sich dem Delegatar verpflichtet hat, so muß er demselben leisten, hat also nicht gegen diesen, sondern gegen den Deleganten, den vermeintlichen Gläubiger, die cond. indebiti. L. 9 §. 1 D. de cond. c. d., c. n. s. (12; 4). L. 78 §. 5 D. de J. D. (23; 3). L. 1 §. 10 D. quar. rer. act. n. dat. (44; 5). — Gegen den solutionis causa adjectus kann die cond. indebiti nicht angestellt werden. L. 34 pr. D. de sol. et lib. (46; 3).

[2] L. 15 pr., l. 65 §. 5—7 D. h. t. L. 38 §. 2 D. de usur. (22; 1).

[3] L. 22 §. 1 D. h. t.

L. 8 pr. D. de act. emti et vend. (19; 1).

[4] L. 15 §. 1 D. h. t. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 45. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 66. Jedoch steht demjenigen, welcher nur ein Retentionsrecht hat, z. B. in gutem Glauben auf fremdem Grunde gebaut hat, behufs Erstattung seiner Auslagen, wenn er irrthümlich die Sache dem Eigenthümer ausgeliefert hat, nicht die cond. indebiti in Ansehung des Besitzes zu. L. 33, l. 51 D. h. t. In l. 58—60 D. de leg. I. (30) handelt es sich nicht um ein bloßes Retentionsrecht, sondern auch um eine mittels der actio negotiorum gestorum contraria verfolgbare Schuld des Fideicommissars. Die dort für zulässig erklärte incerti condictio ist auch nicht auf den Besitz, sondern auf den viri boni arbitratu festzustellenden Betrag der Verwendungen zu beziehen.

oder um Leistung geldwerther Dienste[6] handelt. Wenn der Schuldner zwei Gegenstände, von denen er nach seiner Wahl nur einen schuldet, gegeben hat, so kann er zufolge Justinian's Entscheidung nach seiner Wahl einen condiciren.[7]

Liegt gar nicht eine Absicht zu erfüllen, sondern ein animus donandi vor, wenn auch aus einem falschen Motiv, so ist die condictio indebiti nicht anwendbar.[8] Ebenso kann ein Verzicht nur dann condicirt werden, wenn man glaubte, verzichten zu müssen, mithin zum Zweck einer Solution verzichtet ist.[9]

2) Das Vorhandensein einer Nichtschuld; z. B. A. hat dem B. eine Sache für 100 Mark, später für 90 Mark[10] verkauft und von B. in dem Irrthum, daß der erste Verkauf nicht aufgehoben sei, 100 Mark erhalten, so daß 10 Mark eine Nichtschuld bilden. Oder wenn bei einer Schuld von 1000 Mark der Hauptschuldner 300 Mark und darauf ein Bürge 500 Mark, ein anderer Bürge später auch 500 Mark bezahlt hätte, so würde in Betreff der von letzterem zu viel gezahlten 300 Mark eine Nichtschuld vorliegen.[11]

Letztere ist nicht vorhanden: bei der Erfüllung einer Naturalobligation[12], oder einer Pietäts- oder moralischen Pflicht[13], bei Entrichtung einer unbedingten Schuld vor der Fälligkeit[14], Nichtberücksichtigung des s. g. beneficium competentiae[15], des beneficium divisionis und

---

[5] L. 31 D. h. t. Wenn nicht wegen Erfüllung einer vorhandenen Schuld promittirt wird, sondern ob causam futuram, kann nicht von der cond. indebiti, sondern nur von der condictio causa data causa non secuta die Rede sein.

[6] L. 26 §. 12, l. 40 §. 2 D. h. t. Arndts a. a. O. §. 341.

[7] C. 10 C. de condictione indebiti (4; 5). Vor Justinian gaben manche Juristen dem Empfänger die Wahl. Vgl. l. 21 und l. 26 §. 13 D. h. t.

[8] L. 65 §. 2 D. h. t.

[9] Vgl. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 94 a. E.

[10] L. 2 D. de resc. vend. (18; 5).

[11] L. 25 D. h. t.

[12] L. 13, l. 19 pr., l. 26 §. 9 und 12, l. 38 §. 1 und l. 40 pr. D. h. t. Der Grund der Ausschließung der cond. indebiti bei Naturalobligationen ist nicht die in der Zahlung liegende Anerkennung. Denn eine Anerkennung im engeren Sinne ist nicht vorhanden und die im weiteren Sinne ist sonst bei jeder Solution auch immer vorhanden. Ich muß deshalb die Bezeichnung der Naturalobligationen als „anerkennbarer" durch v. Scheurl für verfehlt halten. Vgl. dessen Aufsatz „Die römischen Naturalobligationen," in Ihering's Jahrbüchern 7. B. (1865), S. 318 fg. S. auch oben §. 17 Note 7.

[13] L. 26 §. 12, l. 32 §. 2 D. h. t.

[14] L. 10, l. 32 §. 2 D. h. t. In der letzten Stelle heißt es: „sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest."

[15] L. 9 D. h. t.

s. g. beneficium excussionis der Bürgen[16], der Zahlung einer Vergleichssumme[17], Zahlung von nicht ursprünglichen Strafbeträgen[18] und eines wegen Leugnens doppelt zu entrichtenden Betrages[19], Erfüllung eines rechtskräftigen Urtheils[20], daher auch Ueberschreitung des Betrages des peculium a patre profectum von Seiten des mit der actio de peculio in Anspruch genommenen und auf den gezahlten Betrag rechtskräftig verurtheilten Vaters[21], der Zahlung von Zinsen eines unverzinslichen Capitals.[22]

Dagegen ist eine Nichtschuld vorhanden: im Fall der Erfüllung einer bedingten Schuld[23], der Leistung an einen Anderen als den wirklichen Gläubiger oder dessen Stellvertreter[24], der Zahlung von Seiten eines Anderen als des wirklichen Schuldners, wenn er glaubte, selbst Schuldner zu sein[25], der Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes[26], der Zahlung eines Mehrbetrages in Ansehung des Ueberschusses[27], der Zahlung aus einer anderen causa, als der wirklich vorhan-

---

[16] L. 49 §. 1 D. de fid. et mand. (46; 1).

[17] Wenn aber ein Vergleich gar nicht geschlossen oder ungültig oder hinfällig geworden ist, kann condicirt werden. L. 23 pr. §. 1—3 D. h. t. C. 2 C. h. t.

[18] Weil solche Zahlung als Vergleich betrachtet wird. L. 42 D. h. t. L. 46 D. de R. J. (50; 17). Anders bei Conventionalstrafen und bei ab initio gesetzlich festgesetzten Strafbeträgen. L. 23 §. 4 D. h. t.

[19] Aus gleichem Grunde. C. 4 C. h. t. Dieser Fall ist jetzt antiquirt. Vgl. unten §. 263 Note 2.

[20] L. 29 §. 5 D. mand. v. contra (17; 1). C. 1 C. h. t.

[21] L. 5 §. 2 D. de lib. leg. (34; 3) Vgl. auch l. 11 D. h. t. und l. §. 8, l. 2 D. de pec. const. (13; 5).

[22] L. 26 pr. D. h. t. Anders beim Constitutum. L. 11 §. 1 D. de pec. const. (13; 5). Die cond. indebiti ist nicht auch ausgeschlossen, wenn die quarta Falcidia nicht abgezogen ist. C. 9 C. ad leg. Falc. (6; 50). L. 20 §. 1 D. de don. (39; 5) bezieht sich nur auf den Fall des Mangels eines Irrthums. Vgl. auch §. 7 J. de fid. her. (2; 23) und c. 7 C. h. t. (4; 5).

[23] L. 16 pr. D. h. t. Nach Eintritt der Bedingung ist die cond. indebiti nicht mehr anwendbar. Kläger muß den Nichteintritt behaupten, aber nicht beweisen.

[24] L. 22 pr., l. 26 §. 11, l. 65 §. 9 D. h. t.

[25] L. 8, l. 19 §. 1, l. 32 §. 1, l. 65 §. 9 D. h. t. L. 6 §. 2 D. de reb. a. j. p. s. v. (42; 5). Da der Acceptant eines trassirten Wechsels eine eigene Verbindlichkeit übernimmt, so könnte der Bezogene, welcher irrthümlich glaubt, acceptirt zu haben, das Gezahlte mit der cond. indebiti zurückfordern. Es kann aber die Einrede der mangelnden Bereicherung begründet sein, z. B. wenn der Empfänger in Folge der Zahlung die ordnungsmäßige Erhebung eines Protestes nicht veranlaßt und somit seine Ansprüche gegen den Aussteller verloren hat. Unter Umständen könnte dagegen wiederum eine replicatio doli oder eine sonstige Replik möglich sein.

[26] L. 19 §. 3 D. h. t. Hat man nur zu gute Qualität gegeben, so ist die cond. indebiti ausgeschlossen. L. 52 D. mand. v. contra (17; 1).

[27] L. 22 §. 1 D. h. t. Ist bei einer Schuld von 100 Mark in der Mei-

denen, z. B. aus einem ungültigen Vergleich[28], der Zahlung von Zinseszinsen, Zinsen über den Betrag der Hauptschuld, zu hohen Zinsen oder der Zinsen eines indebitum[29], der Zahlung des durch eine exceptio perpetua[30] beseitigten debitum[31], der Zahlung des Preises von Seiten des Käufers, welcher seine eigene Sache gekauft hat[32], der Zahlung einer durch Compensation tilgbaren Schuld.[33]

3) Es sei im Irrthum über die Schuld gezahlt[34], ferner

---

nung, sie betrage 200 Mark, ein nicht vertretbarer Gegenstand in solutum gegeben, so kann er ganz condicirt, aber vom Beklagten bis zur Zahlung der 100 Mark zurückbehalten werden. L. 26 §. 4—6 D. h. t.

[28] L. 23 pr. §. 1 D. h. t. Beklagter wird in diesem Fall meistens retiniren oder compensiren können.

[29] L. 26 pr. §. 1 und 2 D. h. t. L. 5 §. 2, l. 102 §. 3 D. de sol. et lib. (46; 3). C. 18 C. de usur. (4; 32). In dem vorletzten Falle mindern aber die zu viel gezahlten Zinsen zunächst die Hauptschuld.

[30] Auch die exceptio rei judicatae, der Zahlende möchte denn sua sponte, d. h. sciens gezahlt haben (l. 28 D. h. t.). Vgl. auch l. 13 D. quib. mod. p. v. h. s. (20; 6). Nicht entgegen steht l. 60 pr. D. h. t., welche für den richtigen Satz, daß das verum debitum wegen der entstandenen, übrigens durch die Zahlung beseitigten exceptio litis in judicium deductae, während in Folge Aufhebung des Streits eine gültige exceptio rei judicatae gar nicht mehr entstehen kann, nicht zu einem indebitum werde — E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 22 —, nur einen unrichtigen Grund angibt. Aehnlich verhält es sich mit der l. 8 §. 1 D. rat. rem hab. (46; 8), indem nach der Zahlung an den Procurator, also einer Anerkennung, falls diese auch ferner aufrecht erhalten wird, zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner über die Schuld an sich, im Gegensatz gegen die Legitimation des Procurators, eine Klage nicht mehr möglich ist. Gewinnt bei einer Klage der Gläubiger, so muß der Schuldner ihm zahlen und hat gegen den Procurator einen Anspruch auf Rückzahlung sammt sonstigem Interesse aus der Cautionsleistung. Verliert jener, so läßt er sich nun vom Procurator Zahlung leisten, falls das noch nicht geschehen ist.

[31] L. 26 §. 3 und 7 D. h. t.

Vgl. auch l. 29 §. 5 D. mand. v. contra (17; 1); l. 43 D. h. t.

Ist die exceptio perpetua in odium ejus, cui debetur, gegeben, wie beim S. C. Macedonianum, so ist die cond. indebiti unstatthaft. L. 40 pr. D. h. t. L. 3 §. 7 D. quod quisq. jur. (2; 2). Die Einrede der Klagverjährung ist nicht in odium creditoris eingeführt. Vgl. auch l. 37 D. de fid. et mand. (46; 1) und H. G. B. Art. 911.

[32] L. 37 D. h. t.

[33] L. 30 D. h. t. Ebenso ist es bei Rückgabe der ganzen Dos ohne Abzug der impensae necessariae. L. 5 §. 2 D. de imp. i. r. d. f. (25; 1).

[34] §. 1 J. de exc. (4; 13). L. 25 pr. D. de prob. (22; 3). L. 9 §. 5 D. de jur. et facti ign. (22; 6). C. 6 C. h. t. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 107. Busch a. a. O. 31. B. S. 206—214. Ein bloßer Irrthum in den Beweggründen genügt nicht. Wer einem vermeintlichen Gestor zur Belohnung seiner Geschäftsführung etwas gibt, weiß, daß er nichts schuldet, und leistet nicht animo solvendi, hat also nicht die cond. indebiti, obschon er irrthümlich annahm, daß jener gerirt

4) in einem entschuldbaren[35] Irrthum, so daß diese Entschuldbarkeit näher nachzuweisen ist. Der thatsächliche Irrthum wird nur im Fall einer erheblichen Nachlässigkeit nicht genügen.

---

habe. L. 65 §. 2 D. h. t. Wenn Wächter, Pandekten, II. (Leipzig 1881), S. 499, den Irrthum nicht einmal zur Begründung der Klage für erforderlich hält, so dürfte diese auffällige Ansicht keiner Widerlegung bedürfen. Sonderbarer Weise confundirt er auch Begründung und Beweis mit einander.

[35] L. 25 pr. D. de prob. (22; 3). L. 9 §. 5 D. de jur. et fact. ign. (22; 6). C. 6 C. h. t. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 107. Busch a. a. O. 31. B. S. 206—214. Eine scrupulosa inquisitio oder nimia securitas oder delatoria curiositas sind nicht erforderlich. L. 6 D. (22; 6). Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, III. Jahrgang (1867), S. 575. Entschuldbarkeit wird offenbar deshalb verlangt, weil durch die Solution an den gutgläubigen Empfänger dieser in den gerechten Glauben versetzt ist, er sei berechtigt und er bei der oft erst viel späteren Rückforderung meistens schon anderweitig über das Empfangene verfügt oder Beweismittel aus der Hand gegeben haben wird; auch Kläger ja durch eine eigene Handlung den jetzigen Zustand veranlaßt hat. Vgl. auch Bähr a. a. O. S. 72 fg. Ein Zweifel hebt die Entschuldbarkeit nicht auf. Wenn man zahlt, müßte man sich die Rückzahlung für den Fall der Nichtschuld eigentlich ausbedingen oder unter Vorbehalt zahlen, indem dann aus diesem Vertrage oder aus diesem acceptirten Vorbehalt geklagt werden könnte. L. 2 pr. D. h. t. Dabei müßte Kläger freilich die Nichtschuld thatsächlich begründen und beweisen. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 56. Nach Justinian's Entscheidung in c. 11 C. h. t. ist Beides aber nicht erforderlich. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 134. Ein Rechtsirrthum ist nur ausnahmsweise entschuldbar, z. B. im Fall der Leistung einer cautio legatorum servandorum causa. L. 1 pr. D. ut in poss. leg. s. fid. c. e. l. (36; 4). C. 10 C. de jur. et facti ign. (1; 18). Burchardi, Hermeneutik (Kiel 1869), S. 157, und manche Andere gestatten, im Widerspruch u. A. mit c. 2 C. si adv. sol. (2; 32), der Regel nach wegen Rechtsirrthums die cond. indebiti. Wächter a. a. O. S. 500 fg. hält die Entschuldbarkeit für ganz unerheblich und stützt sich auch darauf, daß ein solches Erforderniß zu den ungerechtesten Härten führen würde. Gegenüber dem Mangel der Entschuldbarkeit kann eine Härte gar nicht mehr angenommen werden. Die Behauptung Gruchot's, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 152, daß in neuerer Zeit die Ansicht, welche die Entschuldbarkeit verneine, in der Theorie wie in der Praxis immer mehr das Uebergewicht erlangt habe, muß ich übrigens doch als eine nicht richtige bezeichnen. —

Von einer Solution im Sinne unter 1 kann weder bei einem außergerichtlichen, noch auch bei einem gerichtlichen Geständniß die Rede sein. Beide bilden Beweisgründe, wenn auch das gerichtliche Geständniß theilweise als Dispositionsact behandelt wird, und können widerrufen werden. Die Entschuldbarkeit eines Irrthums ist dabei gleichgültig. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 263 unter 1. Im Uebrigen hat der Widerruf auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei. C. P. O. §. 263. Ein gerichtliches Geständniß des Bevollmächtigten kann jedoch sofort ohne Weiteres von der miterschienenen Partei widerrufen oder berichtigt werden. C. P. O. §. 81. Ebenso das eines Beistandes. C. P. O. §. 86. C. 3 C. de err. adv. (2; 9). Beim

5) Wenn auf die Accessionen (Früchte, Zuwachs u. s. w.) mitgeklagt oder ein Aequivalent oder Ersatz (z. B. das pretium eines indebite überlieferten, bona fide verkauften Grundstücks) verlangt[36] wird, so sind dieselben genauer zu begründen. Von einem Verzuge an können jetzt Zinsen verlangt werden.

e) Der Antrag geht dahin, Beklagten zu verurtheilen, an den Kläger das Empfangene nebst den Accessionen u. s. w. zurückzuzahlen oder zurückzuleisten.

Beweisen muß Kläger die Solution. Ist sie bewiesen dem leugnenden Beklagten gegenüber, so muß dieser die Schuld beweisen. Ebenso hat Beklagter die Schuld zu beweisen, wenn eine s. g. cautio indiscreta condicirt wird.[37]

Desgleichen, und zwar offenbar in Folge einer s. g. interpolatio Triboniani in l. 25 D. de prob. (22; 3), wenn Kläger ein pupillus, minor, eine mulier, ein miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus ist, es möchte denn nur (von der mulier u. s. w., nicht auch dem pupillus oder minor) ein Theil condicirt oder (wieder von allen genannten Personen) behauptet werden, daß das frühere debitum später hinfällig geworden sei. Sonst muß Kläger das indebitum beweisen. Ferner muß er, sofern er nicht zu den genannten begünstigten Personen gehört, den Irrthum und dessen Entschuldbarkeit beweisen.[38]

---

außergerichtlichen Geständniß ist zum Widerruf Beides nicht erforderlich. Das Gericht würde aber nach freiem Ermessen über die Wahrheit zu urtheilen haben. C. P. O. §. 259.

[36] L. 26 §. 12, l. 65 §. 6—8 D. h. t.

[37] Eine Stipulationsurkunde konnte wegen des durch die Stipulation begründeten Formalcontracts der Regel nach keine cautio indiscreta sein. Ausnahmsweise war es möglich, z. B. bei einer Stipulationsurkunde über eine Novation oder Fidejussion, wenn die zu Grunde liegende Obligation oder Hauptschuld nicht genügend angegeben war. Verschieden von der Condiction der Caution ist der Fall, wenn die Schuld selbst, über welche die cautio indiscreta ausgestellt ist, bezahlt worden. Wenn dies Gezahlte als Nichtschuld condicirt wird, muß Kläger beweisen, daß es keine Schuld sei.

[38] Vgl. l. 25 D. de prob. (22; 3); l. 68 §. 1 D. ad S. C. Treb. (36; 1); c. 6 C. h. t.; Sintenis, Civilrecht, 2. B. (Leipzig 1847), §. 109 Note 57; Römer, Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums (1852), S. 56; Bähr a. a. O. S. 83 fg.; Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 130. Beim Pupillen und jetzt auch immer beim Minderjährigen, könnte man meinen, sei nicht an den Fall zu denken, daß sie selbst ohne Vormund gezahlt haben. Denn dann sei eine Vindication, eventuell eine condictio sine causa anwendbar. Ganz richtig. Dennoch müssen wir an diesen Fall denken, weil, wenn etwa der Erblasser oder Cedent des Pupillen gezahlt hat, nicht der geringste Grund zu einem Privileg vorläge und weil dann ja auch bei der

Die wissentliche Annahme eines indebitum begründet die condictio furtiva.[39] Es gehört aber die Behauptung, daß Beklagter irrthümlich angenommen habe, nicht zur Begründung der condictio indebiti. Wegen mangelnden Interesses kann auch Beklagter nicht die Einrede des Fehlens eines Irrthums auf seiner Seite vorbringen. Sagt Kläger selbst in der Klage, daß Beklagter wissentlich angenommen habe, so ist die Klage als condictio furtiva aufrecht zu erhalten. Wendet Beklagter gegen die condictio indebiti ein, daß er nicht mehr bereichert sei, so würde diese Einrede nicht durch die Replik, Beklagter habe das indebitum mala fide angenommen, ohne Zustimmung des Beklagten entkräftet werden können, weil dadurch der Klagegrund verändert werden würde.

§. 261.

5. Condictio sine causa.[1]

Im weiteren Sinne wird dieser Ausdruck auf alle unmittelbar vorher und im vorliegenden Paragraphen erwähnten Condictionen bezogen.[2]

Im engeren Sinne auf diejenigen Fälle eines widerrechtlichen Habens, welche nicht unter den Begriff einer der vier in den §§. 257—260 genannten Condictionen fallen. Hier kommt nur die engere Bedeutung in Betracht. Erforderniß der Begründung ist die Angabe, daß

a) aus dem Vermögen des Klägers,

b) in das des Beklagten,

c) ein näher zu bezeichnender Gegenstand,

d) ohne Grund gelangt sei, mag eine causa des Erwerbens von Anfang[3]

---

mulier u. s. w. die eigene Zahlung nicht verlangt werden könnte. Abgesehen vom Pupillen und Minderjährigen müßte Beklagter übrigens auch mit dem Beweise durchdringen, daß von der mulier u. s. w. wissentlich ein indebitum gezahlt sei. — Der dem Kläger gewöhnlich obliegende Beweis des Irrthums — l. 68 §. 1 D. ad S. C. Treb. (36; 1) — wird sich meistens aus den Umständen von selbst ergeben. S. v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, I. S. 342.

[39] L. 18 D. de cond. furt. (13; 1): „— — furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit." Vgl. übrigens Francke, Beiträge, 1. Abth. (Göttingen 1828), S. 95 fg.

[1] Vgl. auch unten §§. 264 Note 15, 319 unter 7 und 329, sowie Gensler, Von dem — — Klaggrund der condictio sine causa, cond. indebiti und cond. furtiva, im A. f. d. c. P. 2. B. S. 277 fg.

[2] L. 1 pr. §. 1 D. de condictione sine causa (12; 7).
L. 10 D. de cond. c. d., c. n. s. (12; 4).
L. 66 D. de cond. ind. (12; 6).

[3] L. 1 §. 2 und 3 D. h. t. Z. B. wenn Jemand, der dazu nicht befugt war, etwas gegeben oder geleistet hat; wenn das, was Jemand wirklich zu fordern hatte, einem Nichtberechtigten (etwa dem durch gerichtliche Hinterlegung befreiten, die

hinterlegte Summe zurückfordernden Schuldner) geleistet ist; wenn zur Erreichung eines rechtlich unmöglichen Zwecks etwas gegeben ist; wenn ein nichtiges Geschäft erfüllt ist, mag es dem jus publicum oder dem jus privatum zuwiderlaufen, z. B. das Geschäft wegen wesentlichen Irrthums nichtig ist, etwa der Kauf eines nichtigen Wechsels (l. 5 pr. §. 1 D. h. t.); wenn wegen eines nichtigen sonstigen Umstandes etwas gegeben ist, z. B. ein Laudemium oder Mortuarium oder eine Dos, und eine Gutsantretung sich als nichtig oder das Ableben sich als gar nicht erfolgt herausgestellt hat, oder nur eine putative Ehe vorhanden ist — Bechmann, Dotalrecht, 2. Abth. (Erlangen 1867), §. 51 —; wenn durch widerrechtliche Veräußerung einer fremden Sache ein Gewinn erlangt und der Eigenthümer nicht vindiciren kann. L. 23 D. de R. C. (12; 1). Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 294. Vgl. auch K. O. §. 38, in welchem Falle die cond. sine causa die Unthunlichkeit einer Vindication gegen den Dritten nicht erfordert. S. zu allen Fällen auch Arndts a. a. O. §. 345 Anm. 1.

Wenn im Concurse bei der Vertheilung durch den Verwalter ein Gläubiger nicht berücksichtigt ist, welcher den berücksichtigten gleichsteht oder vorgeht, so kann er der Regel nach gegen die befriedigten Gläubiger nicht eine Klage auf Rückgabe anstellen. Die Nichtberücksichtigung wird meistens darin ihren Grund haben, daß er nicht innerhalb der Ausschlußfrist den erforderlichen Nachweis geführt (K. O. §§. 140—143) oder nicht rechtzeitig Einwendungen gegen das Verzeichniß der zu berücksichtigenden Forderungen erhoben hat (K. O. §§. 146 und 150). Und ist dies nicht geschehen, so hat er sich die Nichtberücksichtigung selbst zuzuschreiben. Es fragt sich aber, ob dann, wenn er alle Obliegenheiten erfüllt, jedoch der Verwalter ihn widerrechtlich nicht berücksichtigt, z. B. eine nach dem Verzeichniß ihm zu zahlende Summe von 100 Mark einem anderen Gläubiger gegeben hat, nur eine Klage gegen jenen oder auch gegen den Gläubiger, welcher das, was jener hätte empfangen sollen, erhalten hat, statthaft sei. Diese für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Verwalters wichtige Frage muß bejaht werden. Die Klage dürfte am richtigsten als cond. sine causa zu bezeichnen sein, indem, wenn auch nicht in Betreff des Verhältnisses zum Gemeinschuldner, so doch in Betreff des hier allein maßgebenden Verhältnisses zu den übrigen Gläubigern, insbesondere dem widerrechtlich übergegangenen, das Empfangene ohne allen Grund dem Empfänger gezahlt ist.

„Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen." C. P. O. §. 274. Wenn nun dieses Theilurtheil abgegeben ist, so kann Beklagter das etwa Gezahlte im Fall einer günstigen Entscheidung über die Einrede mit der cond. sine causa zurückfordern. Diese könnte er auch mit seiner Einrede als eventuelle Widerklage verbinden. Auch vor der Zahlung wäre diese cond. sine causa, sei es als besondere Klage, sei es als verbundene Widerklage, möglich; natürlich würde dann die ihm durch das Theilurtheil auferlegte Verpflichtung condicirt.

Eine vom Manne während der Ehe restituirte Dos kann ebenfalls der Regel nach von ihm mit der cond. sine causa zurückgefordert werden. Vgl. Bechmann, Dotalrecht, 1. Abth. (Erlangen 1863), §§. 37 und 38. Der Grund ist nicht der von ihm geltend gemachte, daß während der Ehe eine Obligation zur Rückgabe der Dos noch gar nicht existire, sondern besteht darin, daß im öffentlichen Interesse die Dos vor und nach Trennung der Ehe Zwecke zu erfüllen hat, die jene vorzeitige Rückgabe meistens als sine causa geschehen erscheinen lassen.

an nicht vorliegen, oder nachträglich[4] hinfällig geworden sein[5];

e) auch nicht der Fall einer der vier genannten Condictionen zutreffe.

f) Der Antrag entspricht dem im §. 257 angegebenen.

§. 262.

e. Pollicitation.[1]

Ausnahmsweise entsteht aus einem nicht zurückgewiesenen Versprechen auch ohne Annahme desselben eine Verbindlichkeit. Es heißt dann Pollicitation (pollicitatio). Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden:

---

[4] Z. B. wenn für eine verlorene Sache von einem Contrahenten, wie Miether, Depositar, Commodatar, Ersatz geleistet ist, später aber der Empfänger die Sache selbst wieder erhalten hat, in welchem Falle die cond. sine causa neben einer Vertragsklage, wie actio conducti, wegen des Gezahlten von Seiten des nicht in Dolus befindlich gewesenen Zahlers, sofern nicht Beklagter die Auslieferung der Sache vorzieht, anwendbar ist (l. 46, 47, 63, 70 D. de R. V. [6; 1]; l. 2 D. h. t.; l. 42 de cond. ind. D. [12; 6]; l. 17 §. 5 D. comm. v. contra [13; 6]; l. 9 §. 1 D. de furtis [47; 2]; E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 77); oder, z. B. beim Kauf, eine Arrha, wie es der Regel entspricht, nach Zahlung des Preises zurückzugeben und der Preis bezahlt ist, in welchem Falle die cond. sine causa neben der actio emti angestellt werden kann (l. 11 §. 6 D. [19; 1]); oder es sich nach Bezahlung der Schuld oder wegen Nichtempfangs des Objects als der vorhergehenden oder gegenwärtigen causa um Rückgabe der Schuldverschreibung oder Quittung handelt, in welchem Falle auch die actio ad exhibendum anwendbar ist (c. 9 C. ad exh. [3; 42]; c. 2 C. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa [4; 9]); Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 131) und Kläger in Ansehung des Nichtempfangs des Objects in Gemäßheit des E. G. zur C. P. O. §. 17 jetzt stets den Nichtempfang beweisen muß; oder der Gegenstand des beendigten Quasiusus fructus zu restituiren ist (l. 5 §. 1 D. de usufr. ear. rer., q. u. c. v. m. [7; 5]). Arndts a. a. O. §. 345 Anm. 2.

[5] Ein entschuldbarer Irrthum ist zur Begründung der Klage nicht erforderlich. Aus diesem Umstande folgt übrigens nicht, daß die Einrede, Kläger habe bekannt mit dem Mangel einer causa geleistet, immer unstatthaft sei. Sie wird namentlich zulässig sein, wenn die Leistung von Seiten des Klägers als Schenkung oder die Rückforderung als dolose Handlung aufgefaßt werden muß. Die Ansicht, z. B. Schlesinger's a. a. O. S. 203—206, daß auch bei der cond. sine causa ein entschuldbarer Irrthum vom Kläger behauptet und bewiesen werden müßte, hat weder eine gesetzliche Vorschrift noch die Natur der Sache für sich. Es ist eine Leistung, z. B. Hingabe eines Schuldscheins, in der Meinung, man sei schuldig, zu leisten (den Schuldschein), also unter Anerkennung einer solchen Verpflichtung dem Empfänger gegenüber, und eine gleiche Leistung ohne solche Meinung oder ein sonstiges Haben ohne Grund sehr verschieden. Demnach kann das bei der condictio indebiti Geltende nicht ohne Weiteres auf die cond. sine causa angewendet werden.

[1] Die Grundsätze der Schenkung gelten dabei nicht. Ueber den Unterschied vom Vertrage s. l. 3 pr. D. de pollicitationibus (50; 12): „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum, — —."

1) die Pollicitation für eine Stadtgemeinde[2];
2) das Gelübde (votum) zu einem kirchlichen oder frommen Zweck[3];
3) die Auslobung.

Zur Begründung der Klage ist zu behaupten:

a) Die Activlegitimation des Klägers. Dies ist
bei 1) die Stadtgemeinde;
„ 2) die Kirche oder die interessirte fromme Anstalt;
„ 3) der Erfüllende oder dessen Erben.

b) Die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Pollicitanten oder dessen Erben.

c) Der Gegenstand, d. i. Erfüllung der Zusage, mag es sich um ein Werk oder um Leistung einer Geldsumme u. d. m. handeln, wobei schon nach Römischem Recht Verzugszinsen[4] mit in Betracht kommen.

d) Der Grund. Dieser besteht darin, daß
zu 1) der Pollicitant nicht blos brieflich[5] zum Besten der Stadtgemeinde eine Zusage gemacht habe und entweder eine justa causa dazu vorliege[6] oder die Ausführung der Zusage angefangen sei[7];
zu 2) für einen kirchlichen oder frommen Zweck etwas gelobt sei;
zu 3) Beklagter einem unbestimmten Dritten für eine bestimmte Leistung eine Belohnung öffentlich versprochen habe und Kläger vor erfolgtem öffentlichem Widerruf die Leistung entweder erfüllt oder begonnen habe und ohne den Widerruf erfüllt haben würde.[8]

e) Der Antrag, welcher nach Verschiedenheit des Gegenstandes ein verschiedener ist und sich aus den Bemerkungen zu c ergibt.[9]

---

[2] Windscheid a. a. O. §. 304 stellt ohne Grund den Staat der Stadtgemeinde gleich. Es können doch nicht alle Rechte der Stadtgemeinden ohne Weiteres auch dem Staat ertheilt werden und an einem besonderen Grunde zur Gleichstellung im vorliegenden Fall fehlt es.

[3] L. 2 D. h. t. C. 18 X. de cens. (3; 39).

[4] L. 1 pr. D. h. t.

[5] L. 5 D. h. t.

[6] L. 1 §. 1 D. h. t. L. 19 pr. D. de don. (39; 5).

[7] L. 1 §. 2—5 D. h. t. L. 16 §. 1 D. de mun. (50; 4).

[8] Vgl. l. 15 D. de praesc. verb. (19; 5). v. Savigny, Obligationenrecht, 2. Band (Berlin 1853), S. 90 und 91 gibt überhaupt nur eine actio doli auf Erstattung aufgewandter Kosten; keine Klage auf Zahlung der versprochenen Belohnung. Diese Ansicht läßt sich wohl für das Röm. Recht vertheidigen, aber nicht für das heutige. Vgl. im Uebrigen über verschiedene andere Ansichten Windscheid a. a. O. §. 309 unter 1 zu a.

[9] Ueber Einreden s. l. 9, 11, 14 und 15 D. h. t. Im Allgemeinen vgl. auch Arndts a. a. O. §. 241.

B. Unerlaubte Handlungen und verwandte Fälle.[1]

§. 263.

Allgemeine Bemerkungen.

Die Klagen aus unerlaubten Handlungen interessiren uns im Allgemeinen nur insofern, als es sich um Ersatzansprüche handelt, weil die Strafforderungen fast ganz[2] beseitigt sind.

Das Römische System der Obligationen aus Delicten, nämlich dem furtum, der rapina, dem damnum injuria datum und der injuria als delictis privatis, unter Anschluß einiger Obligationen als obligationes quasi ex delicto (wohin nach dem tit. J. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur [4; 5], und der l. 5 §. 4—6 D. de O. et A. [44; 7], jedoch offenbar nur beispielsweise, gestellt werden: die Fälle der actio, si judex litem suam fecerit, der actio de dejectis vel effusis, der actio de positis vel suspensis, der actio in factum gegen den exercitor navis aut cauponae aut stabuli wegen eines damnum oder furtum ihrer Leute), ist jetzt ohne besonderen Werth und zu unvollständig, als daß daran festgehalten werden könnte.

Dagegen wird folgende Eintheilung zu Grunde gelegt:

a) Obligationen wegen Dolus des Schuldners,

b) Obligationen wegen Culpa des Schuldners,

c) Obligationen wegen sonstiger, also einfacher Widerrechtlichkeit des Schuldners,

d) Obligationen wegen Dolus, Culpa oder einfacher Widerrechtlichkeit eines Anderen, als des Schuldners.

Dabei ist indessen darauf hinzuweisen, daß manche Obligationen

---

[1] Im Allgemeinen ist zu beachten, daß die verwandten Fälle der Regel nach, z. B. in Betreff der beschränkten Haftung der Erben, der Ausschließung der Rechtswohlthat der Theilung und Vorausklage u. d. m., den unerlaubten Handlungen gleich behandelt werden.

[2] Nicht ganz. S. z. B. H. G. B. Art. 537; S. O. §. 105; die Bekanntmachung, betreffend das Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen im Norddeutschen Bunde, vom 10. Juni 1870, §. 14; und oben §. 40 a. E.

Auch die auf unerlaubte Selbsthülfe im Röm. Recht gesetzten Privatstrafen müssen noch für praktisch angesehen werden, weil jene nicht eine öffentlich strafbare Handlung ist, aber doch eine Strafe verdient und überdies die Strafe auch als eine, wenn auch dem Verletzten günstig festgesetzte Interessenforderung desselben sich auffassen läßt. Vgl. auch v. Vangerow a. a. O. §. 133 und Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 176. Zu weit scheint mir Sintenis a. a. O. I. §. 29 Note 17 zu gehen, der auch diejenigen Privatstrafen, welche bei Gelegenheit von reipersecutorischen Klagen vorkommen, z. B. in Folge des etwa anwendbaren Satzes: „Ut adversus infitiantem in duplum actio sit" oder bei der actio quod metus causa, im Zweifel noch gelten lassen will.

und Klagen unter die eine wie andere Abtheilung gestellt werden könnten, z. B. die actio quod metus causa unter a und d. Dann muß der Hauptfall maßgebend sein.

Wenn in den folgenden Paragraphen eine Römische Ersatzklage auch in den Fällen des entsprechenden heutigen Begriffs der strafbaren Handlung für anwendbar erklärt wird, so beruht dies darauf, daß der betreffende heutige Begriff auch schon unter den Römischen fällt. Wäre der jetzige Begriff ein weiterer, dann dürfte in den Fällen der Erweiterung allerdings nicht die Römische, lediglich für den engeren Begriff gegebene Ersatzklage, sondern nur eine andere Klage für anwendbar erachtet werden. Ist der Begriff des Römischen Rechts ein weiterer, als der gegenwärtige, so ist auch noch heutigen Tages die Römische Ersatzklage in den weiteren Fällen des Römischen Rechts statthaft. Z. B. der heutige Begriff des Diebstahls, des Raubes, der Concussion war auch schon nach Römischem Recht furtum, rapina und concussio. Mithin ist die condictio furtiva, die actio vi bonorum raptorum und actio concussionis auch in den Fällen des heutigen Diebstahls u. s. w. für zulässig zu erklären. Dagegen bewirkt der engere Begriff des heutigen Diebstahls nicht, daß die condictio furtiva in den weiter gehenden Fällen des Römischen furtum jetzt unanwendbar geworden sei.

Dolus, Culpa und einfache Widerrechtlichkeit verhalten sich so zu einander, daß der Dolus immer die Culpa und die Widerrechtlichkeit, die Culpa immer die Widerrechtlichkeit mitumfaßt, letztere dagegen auch ohne Dolus und Culpa vorkommen kann. In diesem engsten Sinne, also im Gegensatz gegen Dolus und Culpa, wird der Ausdruck bei der Classification unter c gebraucht. Es gibt demnach eine dolose, eine culpose und eine einfache Widerrechtlichkeit. Für Anfänger füge ich hinzu, daß der letzte Ausdruck, soviel ich weiß, bisher noch nicht gebraucht ist, und daß ich ihn gewählt habe, weil beim Dolus und der Culpa eine mehrfache Widerrechtlichkeit, eine solche an sich und eine dolose oder culpose, vorliegt.

Unter Verwerfung der Definition des Servius:

„Dolum malum (esse) machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur",

wird im C. S. Civ.[3] die Definition des Labeo:

„Dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam"

für richtig erklärt.

Wenn diese Definition sich auch nur auf die actio doli bezieht, so bildet sie doch eine allgemeine Grundlage für die Begriffsbestimmung

---

[3] L. 1 §. 2 D. de dolo malo (4; 3).

des Dolus überhaupt. Derselbe ist die absichtliche Widerrechtlichkeit. Die Widerrechtlichkeit wird gewollt, obschon man weiß, daß die Handlung eine widerrechtliche ist. Ein wesentlicher factischer Irrthum schließt den Dolus aus, nicht ein außerwesentlicher. Ob der Rechtsirrthum den Dolus ausschließt, hängt von den Umständen ab. Es kommt namentlich darauf an, ob es sich um Civil- oder Criminalunrecht, um delicta juris civilis oder juris gentium, um Minderjährige, Frauen, Soldaten und rustici oder Andere handelt.[4]

Bei der Culpa kann das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit fehlen. Es braucht nur dem Handelnden ein Verschulden zur Last gelegt werden zu können. Bei Anwendung größerer Vorsicht hätte er die Widerrechtlichkeit erkennen müssen, mag das Verschulden als grobes oder geringes zu betrachten sein.

Die einfache Widerrechtlichkeit ist insofern ein Casus, als weder Dolus noch Culpa vorhanden zu sein braucht, so daß sie auch angenommen werden kann, obschon man wie ein diligens paterfamilias, etwa vollkommen von seinem Recht in entschuldbarer Weise überzeugt, gehandelt hat. Wenn sie dennoch in manchen Fällen[5] zur Begründung einer

---

[4] Im Civilrecht wird der Dolus durch Rechtsirrthum leichter aufgehoben, als im Criminalrecht. Vgl. l. 25 §. 6 D. de H. P. (5; 3). — Ueber den Begriff des Dolus s. Hesse im A. f. d. c. P. 61. B. S. 233 fg., auch den nicht gerade sehr zu empfehlenden Aufsatz von Stöckhardt, Ueber den Unterschied des Dolus civilis vom Dolus criminalis, in Elvers' Themis, 2. B. Heft 2 (Göttingen 1829), S. 265—292.

[5] Aber nicht so allgemein, wie Dolus oder Culpa. Während wegen einer dolosen Handlung stets auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens geklagt werden kann und wegen einer culposen Handlung dann, wenn sie eine positive und dadurch eine körperliche Sache beschädigt oder vernichtet oder entzogen ist, kann wegen einer einfach widerrechtlichen Handlung nur dann geklagt werden, wenn eine Klage besonders gegeben ist. Vgl. dabei auch Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 12. Es fehlt also an einer so allgemeinen Klage, als die actio doli und actio legis Aquiliae es sind. Im Uebrigen würde ich es gar nicht auffallend finden, wenn wegen der bezeichneten Widerrechtlichkeit eine allgemeine Entschädigungsklage eingeführt würde (vgl. für das Handelsrecht auch Endemann a. a. O. §. 98 Note 14 und 15); wie denn auch in der That solche Klagen in einem viel weiteren Umfange bestehen, als man bisher beachtet zu haben scheint. Vgl. unten §§. 295—306, insbesondere auch §. 295 Note 1. Nach dem angegebenen Gesichtspunkte schon stimme ich im Allgemeinen ungeachtet des Bedenkens, daß in Erfüllung einer Berufspflicht widerrechtlich gehandelt ist, dem ganz bei, was der Professor Nissen in den Verhandlungen des 12. Deutschen Juristentages, 1. B. (Berlin 1874), Nr. IV. über die Gesetzgebungsfrage: „Soll im Falle der Freisprechung (oder der Nichterhebung der Anklage) für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden?“ vorgetragen hat. Ohne specielle gesetzliche Vorschrift würde ich aber mit Rücksicht auf das geltende Recht wegen des Gesichtspunkts der einfachen Widerrechtlichkeit einen Entschädigungsanspruch nicht für begründet erachten können. Denn die C. C. C. Art. XII., XIII., XCIX. dürfte auf die Fälle eines Verschuldens oder einer besonderen Zu-

Klage genügt, so ist dies gar nicht auffallend. Von einem sonstigen Casus unterscheidet sich diese Widerrechtlichkeit sehr erheblich dadurch, daß ihr eine Handlung des Schuldners zu Grunde liegt. Wenn diese meistens ganz willkürliche, und nicht in der Erfüllung einer Berufspflicht vorgenommene Handlung nach dem Gesetz eine widerrechtliche ist, erscheint es als ganz natürlich, daß der Handelnde, wenn er sich auch nicht in Dolus oder Culpa befindet, hafte, weil sonst ja ein dritter Verletzter, der gar nichts gethan hat, den Nachtheil tragen müßte. Bei der Wahl zwischen diesem und dem Handelnden muß natürlich die Entscheidung zu Ungunsten des Handelnden ausfallen. Dazu kommt, daß vielfach der Handlung auch ein Dolus oder eine Culpa zu Grunde liegen und nur nicht erweislich sind. Die Handlung ist eine absichtliche[6], wenn auch nicht eine absichtlich widerrechtliche. Wie bei Verträgen ein ausdrückliches oder stillschweigendes dictum oder promissum, so weit es reicht, also auch mit der Haftung für gewöhnlichen Casus, wenn solches beabsichtigt ist, z. B. im Fall einer Eviction[7], unter allen Umständen gewährt werden muß, so muß auch der Handelnde für seine absichtliche Handlung, wenn sie einmal eine widerrechtliche ist, ohne Dolus oder Culpa haften.[8] Eine eigentliche acceptirte Zusage liegt bei der Wider-

---

sage zu beschränken sein. Und die St. P. O. §§. 499 Abs. 2, 503—505 erfordert freilich nur einfache Widerrechtlichkeit, bezieht sich aber lediglich auf nothwendige Auslagen an Kosten. Im Uebrigen mache ich bezüglich der Gesetzgebung auch auf den Gesichtspunkt der Enteignung aufmerksam. Im öffentlichen Interesse wird im Fall einer Inhaftnahme Jemandem seine Erwerbsfähigkeit zeitweilig ganz oder zum Theil entzogen. Trifft ihn kein Verschulden, so muß er entschädigt werden. Dieser Fall steht dem der Gebrauchsbeschränkung bei Sachen ganz gleich und letzterer wiederum dem der eigentlichen Enteignung oder der Eigenthumsverschlechterung. Aus diesem Gesichtspunkt dürfte eine Klage auf Entschädigung wegen der Untersuchungshaft um so mehr zu empfehlen sein. Vgl. auch l. 27 und 28 D. ad leg. Jul. de adult. (48; 5); l. 6 pr., l. 13 D. de quaest. (48; 18), und unten §. 317.

[6] Damit ist jede Handlung eines Wahnsinnigen ausgeschlossen. Ist dadurch Schaden verursacht, so kann weder von einer actio de pauperie utilis, noch von einer actio in factum, noch von einer sonstigen Klage die Rede sein; natürlich abgesehen von dem Fall, daß Vormund oder Wächter sich im Verschulden befunden haben. L. 14 i. f. D. de off. praes. (1; 18).

[7] Bei dem dictum oder promissum ist Manches zu beachten, namentlich:

a) ob man etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges zusagt;

b) ob die Zusage eine ausdrückliche oder stillschweigende ist;

c) ob es sich um eigene Handlungen, fremde Handlungen, Eigenschaften u. s. w. handelt;

d) ob eine Haftung für culpa lata, culpa levis in concreto, culpa levis in abstracto, gewöhnlichen Casus oder vis major übernommen wird. Meistens wird dadurch die Haftung für Casus, aber nicht für vis major, übernommen sein.

[8] Vgl. auch l. 25 §. 2 D. ad S. C. Treb. (36; 1) in den Worten „ne factum ejus alteri damnum afferat."

rechtlichkeit freilich nicht vor; sonst müßten ja auch die betreffenden einzelnen Obligationen unter die aus Verträgen gestellt werden. Unsere widerrechtliche Handlung unterscheidet sich von der die Aquilische Klage begründenden dadurch, daß bei dieser die schädliche Handlung nicht beabsichtigt zu sein braucht, aber auf Culpa beruht, während bei jener die Handlung gewollt wird, man aber glaubt, sie sei nicht widerrechtlich, und auch keine Culpa anzunehmen oder erforderlich ist. Unsere Widerrechtlichkeit ist nicht blos eine objective, sondern auch eine subjective. Deshalb gehören die betreffenden einzelnen Obligationen auch nicht unter die ex variis causarum figuris. Die subjective Widerrechtlichkeit besteht darin, daß auch das casuelle Unrecht bei größerer Sorgfalt hätte vermieden werden können. Anders ist es freilich bei der vis major im Gegensatz gegen gewöhnlichen Casus. Deshalb haftet man aber auch nicht, es möchte denn der durch vis major veranlaßte Zustand widerrechtlich nicht beseitigt, bezw. dessen Beseitigung nicht geduldet werden, obschon dies möglich war oder ist. Wir werden somit in gewisser Weise zu einer culpa levissima gedrängt, welchen Ausdruck ich jedoch zur Vermeidung von Irrthümern und da die Gesetze selbst nicht von einer Culpa, also auch nicht der levissima reden, nicht gebrauche.

Ein dieser Widerrechtlichkeit ähnlicher Begriff ist der einer Mora. Sie erfordert gleichfalls keine Culpa [9], wenn auch besonders triftige Entschuldigungsgründe sie aufheben. Ihr liegt eine Widerrechtlichkeit zu Grunde, aber eine negative, in der Nichtleistung oder der Nichtannahme bestehend. Die negative Handlung genügt, weil wegen des bestehenden obligatorischen Verhältnisses eine Pflicht zur positiven Handlung, dem Leisten oder der Annahme der angebotenen Leistung, begründet ist.

Beim Vorhandensein einer rechtlichen Verpflichtung zu einer Thätigkeit kann übrigens auch, abgesehen von den Fällen der Mora, eine Entschädigungsklagen begründende einfache Widerrechtlichkeit recht wohl in einer negativen Handlung bestehen; z. B. im Fall des §. 120 (107) der G. O., daß Beklagter es unterlassen habe, die näher zu bezeichnenden

---

[9] Wie zur Haftung wegen eines dictum oder promissum eine Culpa der Regel nach nicht erforderlich ist (H. G. B. Art. 813 Abs. 2), so auch nicht zur Mora. Manche verlangen freilich zur Mora eine Culpa, z. B. v. Vangerow a. a. O. §. 588 Anm. 1, Endemann a. a. O. §. 113 Note 11 u. s. w. Es handelt sich dabei gewissermaßen um ein dictum oder promissum oder doch um einen verwandten Fall. Was dabei noch unbestimmt oder nicht genügend bestimmt ist, in Ansehung der Zeit namentlich, wird durch die Mahnung ersetzt. Aus diesen Bemerkungen folgt auch die Richtigkeit des freilich nicht quellenmäßigen Satzes: „Dies interpellat pro homine“ — s. l. 114 D. de V. O. (45; 1) und Busch a. a. O. 32. B. S. 197 und 198 — und daß ein gewöhnlicher Casus der Mora nicht im Wege steht. Anders ist es allerdings bei einer vis major und ähnlichen Hindernissen.

Einrichtungen herzustellen oder zu unterhalten. Dolus oder Culpa sind bei diesem §. 120 nicht erforderlich, wenn auch unabwendbare Hindernisse die Haftpflicht aufheben werden.[10]

Es haben die Klagen wegen einfacher Widerrechtlichkeit mit den dinglichen Klagen in den uns jetzt interessirenden Punkten die größte Aehnlichkeit. Denn eine dingliche Klage erfordert auch nur eine einfache Widerrechtlichkeit, ohne daß Dolus oder Culpa erforderlich wäre. Zum Theil gilt dies auch von den possessorischen Klagen. Bei den unten in den §§. 295—306 aufgeführten einzelnen persönlichen Klagen wegen einfacher Widerrechtlichkeit tritt diese Aehnlichkeit noch mehr hervor, z. B. zwischen dem s. g. interdictum de remissionibus oder ne vis fiat aedificanti und dem interdictum uti possidetis, zwischen der actio aquae pluviae arcendae und der actio negatoria, zwischen den meisten Popularinterdicten und den possessorischen Interdicten.

---

a. Obligationen wegen Dolus des Schuldners.[1]

§. 264.

I. Condictio furtiva.

Die Ersatzklage aus dem Diebstahl ist die condictio furtiva oder ex causa furtiva oder rei furtivae[2], zu deren Begründung Folgendes anzugeben ist:

---

[10] Vgl. übrigens Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 149 und 150. Das Reichsgericht verlangt danach ein Verschulden. Das Gesetz spricht aber nicht davon; wie ich glaube, mit gutem Grunde.

[1] Vgl. auch §. 290 unter IV zu 3 A c, §. 309 zu 4, §. 306 unter 9, §. 307 unter 6 A f, §. 308 unter 4.

[2] Die cond. furtiva ist eine besondere Art der condictio sine causa, dessenungeachtet aber doch der Hauptsache nach eine Delictsklage. L. 11 pr. D. de min. (4; 4). S. auch l. 21 §. 5, l. 2 D. de act. rer. amot. (25; 2); l. 52 D. de re jud. (42; 1). Meistens wird der Dieb, wenn er später belangt wird, die gestohlene Sache bereits veräußert oder consumirt oder bei Seite geschafft haben, so daß eine condictio sine causa wegen grundloser Bereicherung oder eine condictio aestimationis ganz gerechtfertigt wäre. Das Besondere besteht nur darin, daß die cond. furtiva, und zwar in Ansehung der res, auch anwendbar ist, obschon die Sache selbst sich noch beim Diebe befindet oder doch noch sonst vorhanden ist. Das dare oportere kann in diesem Falle nicht den Sinn von Eigenthumsübertragung haben, weil man das Eigenthum dem nicht geben kann, der es schon hat. Es hat also das dare hier nur die Bedeutung, daß die entzogene possessio zu restituiren, eventuell Schadensersatz zu leisten sei. Ein Gleiches kann auch bei der condictio indebiti vorkommen, wenn eben nur die possessio gegeben ist; freilich mit dem Unterschiede, daß auch nur die possessio condicirt werden kann. Es ist kein Grund vorhanden, nicht auch

1) Kläger sei als bestohlener Eigenthümer[3] activ zur Sache legitimirt.

---

dasselbe bei den anderen Condictionen anzunehmen. Somit findet sich bei der cond. furtiva keine erhebliche Anomalie. Man kann sich die Sache auch so vorstellen, daß eine cond. 1) auf Uebertragung des Eigenthums und 2) auf Herausgabe des Besitzes gerichtet sei und daß wegen der Unmöglichkeit der Leistung unter 1 doch noch der Gegenstand unter 2 bestehen bleibe und somit noch eine cond. möglich sei. Dabei will ich gern einräumen, daß die cond. furtiva selbst die Brücke zwischen dem älteren, die cond. wegen bloßer possessio nicht zulassenden und dem neueren, sie gestattenden Recht gewesen sei.

Viel erheblicher, als die Anomalie bei der cond. furtiva, ist die aus der l. 2 D. de cond. trit. (13; 3) sich ergebende. Danach hat der gewaltsam aus dem Besitz eines Grundstücks dejicirte Nichteigenthümer freilich selbstverständlich nur eine condictio possessionis, aber der dejicirte Eigenthümer die condictio fundi, obschon dieser fundus doch nicht consumirt werden kann. Vgl. auch l. 15 §. 1 D. de cond. ind. (12; 6); l. 19 §. 2 D. de prec. (43; 26); l. 25 §. 1 D. de furtis (47; 2), und Windscheid a. a. O. §. 161.

[3] L. 1 D. de condictione furtiva (13; 1): „In furtiva re soli domino condictio competit.“ L. 7 §. 1, l. 11 D. eod. l. Heutigen Tages würde auch der bonae fidei possessor die Klage anstellen können. S. Mommsen, Interesse (Braunschweig 1855), §. 22 Note 6. Bei der wissentlichen Annahme einer Nichtschuld, die ein Procurator mit eigenem Gelde bezahlt hat, steht dem ratihabirenden Geschäftsherrn neben dem Procurator die cond. furtiva zu; jedoch so, daß durch die eine die andere cond. aufgehoben wird. L. 18 D. h. t. Vgl. dagegen auch §. 82 §. 7 D. de furtis (47; 2). Der Eigenthümer kann auch vindiciren oder die actio ad exhibendum anstellen. L. 7 §. 1 D. h. t. Ein Pfandgläubiger hat die cond. furtiva nur als cond. incerti. L. 12 §. 2 D. h. t. Der Usufructuarius, Besitzer und derjenige, dessen Interesse verletzt ist, z. B. der Commodatar, haben die cond. furtiva nicht. Steht ihnen keine andere Klage zu, so müssen sie sich der actio doli bedienen; auch heutigen Tages. A. M. Sintenis, Civilrecht, 2. B. (Leipzig 1847), §. 109 Note 125; Windscheid a. a. O. §. 453, und Andere. Die Meinung derselben scheint mir zu willkürlich zu sein und wegen der Anwendbarkeit der actio doli liegt auch kein Bedürfniß, die cond. furtiva zuzulassen, vor. — Im Uebrigen bemerke ich noch, daß ich als bestohlenen Eigenthümer jeden ansehe, welcher zur Zeit des Diebstahls Eigenthümer war, mag aus seinem oder seines Vertreters Gewahrsam entwendet sein oder nicht, mag der Dieb mit Rücksicht auf ihn gestohlen haben oder nicht. Ich gebe daher die cond. furtiva dem Eigenthümer z. B. auch dann, wenn dem Diebe wiederum von einem Dritten genommen ist, gegen letzteren, selbst dann, wenn selbiger, falls er den Eigenthümer gekannt hätte, nicht gestohlen haben würde. Wenn in dieser Hinsicht auf den Willen des Diebes etwas ankäme, könnte man auch sagen, er habe dem die Sache nehmen wollen, der gerade Eigenthümer sein möge. Demnach sind bei der cond. furtiva die Beziehungen zwischen dem Verletzten und dem Thäter viel weitere, als bei vielen anderen Klagen wegen Dolus, insbesondere wegen Beleidigung, Gewalt u. d. m. Bei der actio doli dagegen muß ich noch weitere Gränzen ziehen, sofern anstatt des Eigenthümers jeder Beschädigte sie anstellen kann, obschon der dolose Handelnde nicht im mindesten an ihn gedacht hat. Ungeachtet dieser Verwandtschaft zwischen der cond. furtiva und der actio doli muß ich doch jene zum Anschluß an die im §. 261 behandelte condictio sine causa voranstellen und die actio doli als allgemeine Aushülfsklage den Schluß bilden lassen.

2) Beklagter sei als Dieb (physischer Urheber[4]) oder dessen Erbe[5] oder sonstiger Universalsuccessor oder als Hausvater bis zum Belauf eines Peculiums[6] passiv zur Sache legitimirt.[7]

3) Es handle sich um Rückgabe der gestohlenen oder der daraus angefertigten Sache[8], eventuell[9] deren Werth, und zwar den höchsten seit der Zeit der Entwendung[10], nebst der omnis causa (Früchten[11], Verzugszinsen und Interesse[12]) seit dieser Zeit.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter oder dessen Erblasser dem Kläger oder dessen Erblasser[13] eine diesem gehörige bewegliche Sache in der Absicht weggenommen habe, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen[14] oder sich gegen diesen einer contrectatio rei fraudulosa

---

[4] L. 13 §. 2 D. de jurejur. (12; 2) in den Worten „quia condicticia — solus fur tenetur." Anstifter, Gehülfen und Begünstiger können, schon weil es sich um eine condictio handelt, nur mit einer anderen Klage, z. B. der actio doli, der actio ad exhibendum u. s. w. belangt werden. L. 6 D. h. t. Die l. 53 §. 2 D. de V. S. (50; 16) ist nicht auf einen bloßen Gehülfen, sondern einen physischen Urheber zu beziehen. Eine juristische Person, eine Firma, eine Genossenschaft oder ein sonstiger Personenverein, im Gegensatz gegen eine einzelne physische Person oder mehrere physische Personen, können nicht Beklagte sein, wenn es sich um eine Civilklage auf Grund eines strafrechtlichen Verbrechens, Vergehens oder einer solchen Uebertretung handelt. Dasselbe gilt von den Civilklagen wegen eines Dolus (vgl. l. 82 §. 5 D. de furtis [47; 2]), abgesehen von der Verpflichtung zur Herausgabe des an die juristische Person u. s. w. Gelangten (l. 15 §. 1 D. de dolo malo [4; 3]; l. 9 §. 1 und 3 D. quod met. causa [4; 2]; l. 4 D. de vi [43; 16]); nicht auch von den Klagen wegen Culpa, einfacher Widerrechtlichkeit und wegen Haftung für Andere. L. 29 §. 7 D. ad leg. Aquil. (9; 2). L. 5 §. 12 D. quod vi a. clam (43; 24). Vgl. auch unten §. 318 unter 4 a—c; E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 83; Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 88, 35. B. Nr. 181 und 287, sowie Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, XLV. S. 88—90.

[5] Ein Erbe haftet aufs Ganze; mehrere haften nach Verhältniß der Erbtheile. L. 9 D. h. t.

[6] L. 19 D. h. t. Dem Hausvater gegenüber kann auch das an ihn Gelangte condicirt werden. L. 4 D. h. t. Jedoch ist diese Condiction nur eine reine condictio sine causa.

[7] L. 5, 6, 7 §. 2 D. h. t.

[8] L. 13 D. h. t. Wegen eines gestohlenen Hauskindes war nach Röm. Recht die actio furti statthaft. Dagegen ist und war die cond. furtiva unmöglich. L. 38 und 39 D. de furtis (47; 2). L. 39 §. 1 lautet: „Liberarum personarum nomine licet furti actio sit, condictio tamen nusquam est."

[9] Auch wenn die gestohlene Sache zufällig untergegangen ist. Anders, wenn sie nach Versetzung des Bestohlenen in Verzug untergegangen sein sollte.

[10] L. 8 §. 1 D. h. t.

[11] L. 8 §. 2 D. h. t.

[12] L. 3 D. h. t.

[13] L. 11 D. h. t.

[14] St. G. B. §. 242.

lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve[15] schuldig gemacht habe.

5) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zur Rückgabe der gestohlenen oder nach Wahl des Klägers der daraus angefertigten Sache, eventuell Leistung des Werths, nebst der omnis causa seit der Zeit der Entwendung an den Kläger zu verurtheilen.

Es kann eingewandt werden, daß Kläger den Besitz wieder apprehendirt, z. B. dem fur manifestus die Sache abgenommen habe[16]; daß Kläger oder dessen Erblasser durch eine eigene Handlung das Eigenthum verloren, z. B. die Sache veräußert, vermacht, oder selbst deshalb die actio communi dividundo angestellt habe und das Eigenthum dem Condominus adjudicirt sei.[17]

Die condictio furtiva wegen Unterschlagung erfordert zu ihrer Begründung u. A. die Behauptung, daß Beklagter eine bewegliche Sache des Klägers oder dessen Erblassers, die er in Besitz oder Gewahrsam gehabt, sich rechtswidrig zugeeignet habe, und zwar zu der Zeit, als er sie in Besitz oder Gewahrsam hatte.[18]

---

[15] L. 1 §. 3 D. de furtis (47; 2). Da der engere heutige Begriff des Diebstahls der cond. furtiva in den Fällen des weiteren Röm. Begriffs nicht im Wege steht, ist auch beim Raube, bei der Unterschlagung, bei der wissentlichen Annahme einer Nichtschuld, dem furtum usus und possessionis u. s. w. die Klage jetzt noch anwendbar. L. 10 §. 1, l. 16, l. 18 D. h. t. L. 82 §. 6 D. de furtis (47; 2). Die Consumtion der Früchte von Seiten des malae fidei possessor oder nach der Zustellung der Klage auch von Seiten des bonae fidei possessor ist nirgends in den Quellen als furtum bezeichnet, mithin auch nicht als solches zu behandeln. Der Grund liegt darin, daß die Consumtion der wirthschaftliche Zweck der Früchte ist, auch meistens alsbald geschehen muß, um Nachtheile zu vermeiden — l. 15 §. 1 D. de R. V. (6; 1). — Nur ausnahmsweise ließe sich ein furtum annehmen. Die condictio wegen consumirter Früchte ist also eine condictio sine causa, nicht furtiva, weshalb denn auch nach l. 15 D. de usur. (22; 1) nicht Zinsen von den consumirten Früchten verlangt werden können. Witte a. a. O. S. 302 fg. betrachtet die Klage ohne Grund als cond. furtiva. Dies ist auch schon aus dem ferneren Grunde oft unmöglich, weil nur die titulirte bonae fidei possessio das Eigenthum an den Früchten gewährt, also die nicht titulirte, etwa die auf Rechtsirrthum beruhende als malae fidei possessio behandelt wird, in Fällen solcher Art aber doch unmöglich von einem furtum die Rede sein könnte. Vgl. z. B. c. 16 C. de praed. et al. reb. min. (5; 71).

[16] L. 10 pr. D. h. t.

[17] L. 10 §. 2 und 3, l. 12 §. 1 D. h. t.

[18] St. G. B. §. 246.

§. 265.
II. Actio vi bonorum raptorum.

Beim Raube (rapina) muß Kläger behaupten:

daß Beklagter mit Gewalt gegen seine oder seines Erblassers Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache dem Kläger oder dessen Erblasser in der Absicht weggenommen habe, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen.[1]

In Betreff der auch beim Raube anwendbaren condictio furtiva[2] gilt dasselbe, was bei der Entwendung im §. 264 hervorgehoben ist.

Außer der condictio furtiva ist aber auch die actio vi bonorum raptorum (oder actio bonorum raptorum), eine prätorische Klage, statthaft.[3]

Letztere unterscheidet sich von der ersteren insbesondere dadurch, daß

1) derjenige, welcher das Interesse daran hat, daß die Sache ihm nicht geraubt sei, die Klage hat, so daß sie in dieser Hinsicht der actio furti fast ganz gleich steht[4];

2) auch der Anstifter haftet[5];

3) der Grund der Klage nur die rapina ist;

4) die Klage als eine reine Delictsklage behandelt wird;

5) die Erben gar nicht haften, weil eine andere Klage, z. B. die condictio furtiva, anwendbar sein wird.[6]

In Ansehung des Gegenstandes kann ein Unterschied nicht mehr zugegeben werden. Freilich ging die Klage nach Römischem Recht auf das Vierfache[7] des verum pretium rei. Weil aber jetzt die Klage, anstatt auf das Vierfache, nur auf das Einfache geht, an die Stelle des verum pretium rei das Interesse zu setzen, dürfte nicht zu willkürlich sein. Denn das Vierfache sollte doch jedenfalls den Verletzten völlig ent-

---

[1] St. G. B. §. 249. L. 4 §. 6 D. vi bonorum raptorum, et de turba (47; 8). Nach dieser Stelle ist eine coactio hominum bei der rapina im Gegensatz gegen ein damnum nach dem Edict über die act. vi bonorum raptorum nicht erforderlich. Wenn nach Röm. Recht eine rapina in einem noch weiteren Umfange angenommen wäre, als nach der Begriffsbestimmung des §. 249, so würde auch jetzt noch die Klage in jenem weiteren Umfange statthaft sein. Es ist aber ein weiter gehender Begriff nach Röm. Recht zu verneinen. Vgl. jedoch auch unten §. 273.

[2] L. 2 §. 25, 26 und 27 D. h. t.

[3] Auch die rei vindicatio und die actio legis Aquiliae können begründet sein. L. 2 §. 10, 20, 26 D. h. t.

[4] L. 2 §. 22—24 D. h. t. §. 2 J. de vi bonorum raptorum (4; 2). Wie l. 2 §. 24 ergibt, wird ein Interesse des Klägers bei unserer Klage etwas leichter angenommen, als bei der actio furti.

[5] L. 2 §. 2 D. h. t.

[6] L. 2 §. 27 D. h. t. in den Worten „quia putavit sufficere condictionem."

[7] C. 2—5 C. vi bonorum raptorum (9; 33).

schädigen. Nach Ablauf eines annus utilis freilich könnte Beklagter die Einrede der Verjährung vorschützen, wogegen dann Beklagter zu repliciren hätte, daß das Beanspruchte ganz oder zum Theil dem verum rei pretium entspreche.

§. 266.
III. Actio concussionis.

Als Grund der Klage des Verletzten

gegen den Verletzer auf Rückgabe des Erpreßten nebst der omnis causa seit der Zeit der Erpressung, eventuell das Interesse

ist insbesondere anzugeben, daß Beklagter, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, den Kläger durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genöthigt habe.[1]

Nach der l. 1 und 2 D. de concussione (47; 13) ist als besondere Klage anwendbar die actio concussionis (concussionis judicium).[2]

Es kann unter Umständen auch die actio calumniae, die condictio ob turpem causam und die actio quod metus causa statthaft sein. Bei letzterer wird aber ein metus, qui cadit in virum constantissimum, erfordert. Wollte man eine besondere actio concussionis verwerfen, so würde in Ermangelung einer anderen Klage als subsidiäre Klage die actio doli zuzulassen sein.

§. 267.
IV. Die Klagen wegen Beleidigung (injuria).

Die auf Zahlung einer zu ästimirenden Geldstrafe gerichtete actio injuriarum (meistens injuriarum actio — auch judicium — genannt) ist antiquirt, weil nach dem St. G. B. §§. 185—200 wegen Beleidigung auf eine Privatstrafe jetzt nicht mehr erkannt werden darf. Nach dem §. 11 des E. G. zur St. P. O. findet eine Verfolgung von Beleidigungen und Körperverletzungen nur nach den Vorschriften der St. P. O. Statt, so daß eine Civilklage auf Strafe beseitigt ist.

Wenn der Beleidigte durch die Beleidigung einen vermögensrechtlichen Nachtheil erlitten hat, so kann deshalb ein Entschädigungsanspruch geltend gemacht werden.

Dieser Entschädigungsanspruch kann in allen Fällen mit einer Civilklage bei den Civilgerichten verfolgt werden. In den Fällen der §§. 186 und 187 des St. G. B. (der Beleidigung durch eine behauptete oder

---

[1] St. G. B. §. 253.

[2] S. auch c. 1 C. ex del. def. i. q. h. c. (4; 17).

verbreitete, nicht erweislich wahre, zur Verächtlichmachung oder Herabwürdigung geeignete Thatsache und der verleumderischen Beleidigung) kann auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe (also vom Strafgericht) auf eine an den Beleidigten zu erlegende Buße bis zum Betrage von 6000 Mark erkannt werden.[1] Das Können ist kein Müssen, weder auf Seiten des Beleidigten, der beim Strafgericht nicht auf Erkennung der Buße anzutragen braucht, noch auf Seiten des Strafrichters, welcher nicht verpflichtet ist, auf einen solchen Antrag einzugehen. Die erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus.[2] Wenn der Strafrichter den Kläger mit seinem Antrage auf die Erkennung einer Buße abgewiesen hat, so würde im Fall einer späteren Civilklage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegenstehen.[3]

Wenn nun wegen Beleidigung ein Entschädigungsanspruch beim Civilgericht oder auch in den Fällen der §§. 186 und 187 des St. G. B. beim Criminalgericht geltend gemacht wird, so ist zur Begründung dieses Anspruchs zu behaupten:

1) daß Kläger der Beleidigte,

2) Beklagter der Beleidiger[4] sei,

3) daß Kläger durch die Beleidigung einen näher nachzuweisenden

---

[1] St. G. B. §. 188.

[2] St. G. B. §. 188. Da erst die erkannte Buße die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs ausschließt, könnte der Antrag vor dem Urtheil zurückgezogen und dann mit einer gewöhnlichen Civilklage auf Entschädigung geklagt werden.

[3] Gleiche Grundsätze über eine neben einer Strafe auf Antrag vom Strafrichter möglicherweise zu erkennende, die Geltendmachung weiterer Entschädigungsansprüche ausschließende, von mehreren Verletzern in solidum zu erlegende Buße gelten auch:

a) in allen Fällen der Körperverletzung (St. G. B. §. 231);

b) wegen jeder aus dem Bundesgesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w., vom 11. Juni 1870, entspringenden Entschädigung (§. 18);

c) wegen jeder aus dem Reichsgesetz über den Markenschutz, vom 30. November 1874, entspringenden Entschädigung (§. 15);

d) wegen jeder aus dem Patentgesetz, vom 25. Mai 1877, entspringenden Entschädigung (§. 36).

Nur das höchste Maß der Buße ist verschieden: 6000 Mark zu a und b, 5000 Mark zu c, 10,000 Mark zu d.

S. auch l. 4 §. 4 D. fin. reg. (10; 1). Eine Buße kann übrigens nicht vom Civilrichter erkannt werden. Ein bei demselben darauf gerichteter Antrag könnte nur als solcher auf Schadensersatz in Betracht kommen. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 19.

[4] Dies ist auch der intellectuelle Urheber und oft auch der Gehülfe. §. 11 J. de injuriis (4; 4). L. 11 pr. §. 3—6, l. 15 §. 2 und 8, l. 17 §. 2 D. de injuriis et famosis libellis (47; 10).

Schaden[5], dessen nach den gemachten Angaben festzustellende Höhe jedoch im Fall der Buße auch dem Strafrichter überlassen werden kann, erlitten habe,

4) daß, abgesehen von den Erfordernissen der §§. 186 und 187 des St. G. B., eine Beleidigung vorliege, d. h. eine die Ehre eines Anderen unmittelbar oder mittelbar angreifende, mit dem s. g. animus injuriandi[6] vorgenommene, in Thätlichkeiten, Worten oder Zeichen bestehende, widerrechtliche Handlung.

5) Hieran schließt sich der Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zum Ersatz des Schadens oder zur Erlegung der Buße an den Kläger.

In einer Hinsicht ist aber die actio injuriarum doch jetzt noch für anwendbar zu halten. Sofern der Begriff der injuria nach Römischem Recht ein weiterer ist, als heutigen Tages der einer Beleidigung[7], und auch nicht ein anderes strafbares Vergehen vorliegt[8], ist freilich die hier ganz aufgehobene Privatstrafe[9] nicht mehr anwendbar, wohl aber die actio

[5] Besteht der Schaden in der Vernichtung, Beschädigung oder Entziehung einer Sache, so ist die Klage eine actio legis Aquiliae. Handelt es sich um einen sonstigen Vermögensnachtheil, dann ist es die actio doli. Mit der act. injuriarum kann ein Schadensersatz nicht erreicht werden. Die Klage auf Schmerzensgeld ist nicht eine act. injuriarum, sondern eine actio legis Aquiliae, so daß es auch der actio doli nicht bedarf. Demnach verjährt die Klage in 30 Jahren, nicht in 1 oder 2 Jahren.

[6] Die in neueren Zeiten nicht selten aufgestellte Behauptung, daß der animus injuriandi nicht erforderlich sei, ist zu verwerfen. Bei absolut injuriösen Handlungen versteht er sich von selbst. Bei ganz indifferenten genügt er nicht. Und bei relativ injuriösen kommt es gerade darauf an. Ob man aber den animus injuriandi durch Absicht zu beleidigen oder durch Bewußtsein der Beleidigung übersetzen will, ist gleichgültig. Das Eine enthält auch das Andere. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes (Leipzig 1857), §. 150. L. 41 pr. D. ad leg. Aquil. (9; 2) in den Worten „si injuriae faciendae causa — — publicaverit". L. 13 §. 4 D. loc. cond. (19; 2) in den Worten „Injuriarum autem actionem competere, Julianus negat, quia non injuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipiendi". C. 5 C. de injuriis (9; 35) in den Worten „Si non convicii consilio — —".

[7] L. 5 pr. D. h. t. in Betreff des domum vi introitam esse; l. 13 §. 7, l. 24 D. h. t. in Betreff der Hinderung an der Benutzung einer öffentlichen oder am Gebrauch einer eigenen Sache sowie an der Verfügung über letztere. Vgl. Elvers, Themis, 1. B. Heft 2 (Göttingen 1828), S. 348—378.

[8] Wie Hausfriedensbruch beim domum vi introitam esse.

[9] Dies würde selbst ohne §. 11 des E. G. zur St. P. O. anzunehmen sein, weil eine Ausnahme von der Regel, daß durch die öffentliche Strafe die Privatstrafe jetzt beseitigt sei, sich nicht nachweisen ließe. Anders verhält es sich mit solchen Fällen, bei denen kein regelmäßiger Ersatz der Privatstrafe eintritt, wie bei der Selbsthülfe.

injuriarum[10] darauf hin, daß dem Beklagten eine fernere Verletzung des Klägers unter Umständen bei Vermeidung einer angedrohten Brüche verboten werde.[11]

§. 268.
V. Actio calumniae.

Diese nach §. 1 J. de poena tem. lit. (4; 16) in den Worten „pro veteris calumniae actione" als actio calumniae bezeichnete Klage hat am meisten Aehnlichkeit mit der condictio ob turpem causam.

Zur Begründung ist Folgendes hervorzuheben:

1) Die Activlegitimation des Klägers. Dies ist der Gegner des Gebers[1], derjenige, gegen welchen die calumnia gerichtet war, nicht auch dessen Erben.[2] Derselben macht sich Geber und Empfänger schuldig, wenn es sich um Führung eines ungerechten Processes gegen den dritten Kläger handelt; dagegen der Empfänger, wenn ihm etwas gegeben ist, um von dem ungerechten Proceß abzustehen. Dann kann der Geber die condictio ob turpem causam anstellen.[3] Ist von dem Gegner selbst gegeben, um nicht einer calumnia ausgesetzt zu sein, so ist er selbst activ legitimirt.[4]

2) Die Passivlegitimation des Beklagten. Dies ist der Empfänger. Dessen Erbe haftet der Regel gemäß nach Römischem Recht, soweit er bereichert war[5], nach Kanonischem Recht, soweit die Erbschaft reicht. Empfänger ist auch der, welcher einem Anderen hat geben lassen oder es ratihabirte, daß ein Anderer in seinem Namen empfangen hat.[6]

3) Der Gegenstand, das Erhaltene, mag es sich um Geld oder einen sonstigen Vermögensvortheil handeln.[7] Nach Römischem Recht ging die

---

[10] In ähnlicher Weise, wie die condictio furtiva in den Fällen des Röm. furtum.

[11] Vgl. Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts (Heidelberg 1819), S. 118 Note 15.

[1] Geber ist auch der, dessen dazu beauftragter Mandatar oder procurator omnium bonorum oder Gestor gegeben hat, vorausgesetzt, daß im letzteren Fall genehmigt ist. L. 7 pr. D. de calumniatoribus (3; 6).

[2] L. 4 D. h. t. Die Klage ist eine s. g. actio vindictam spirans.

[3] L. 7 pr. D. h. t.

[4] L. 3 §. 3 D. h. t. Es ist dann auch die condictio ob turpem causam anwendbar. Sie concurrirt aber hier nur alternativ mit unserer Klage.

L. 5 §. 1 D. h. t. Eine s. g. elective Concurrenz läßt sich nicht rechtfertigen. A. M. v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, I. S. 170.

[5] L. 5 pr. D. h. t.

[6] L. 2 D. h. t. in den Worten „Nec refert, ipse pecuniam acceperit, an alii dari jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit".

[7] L. 1 §. 4, l. 2, l. 3 pr. D. h. t.

Klage innerhalb eines Jahres[8] auf das Vierfache, nach einem Jahre als actio in factum auf das Einfache[9]; jetzt nur auf letzteres.

4) Der Grund, welcher darin besteht, daß ein Vermögensvortheil zugewendet sei, um den Empfänger zu einem widerrechtlichen, einzuleitenden oder eingeleiteten[10] Proceß[11] zu bestimmen oder davon abzuhalten[12]; und daß das Empfangene calumniae causa angenommen worden. Ist es transigendi animo angenommen, so ist die Klage nicht anwendbar.[13] Ob der Zweck erfüllt worden oder nicht, ist gleichgültig.[14]

5) Der Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe des Erhaltenen an den Kläger.

§. 269.

VI. Actio de alienatione judicii mutandi causa facta.[1]

Es ist bei dieser prätorischen actio in factum zur Begründung hervorzuheben:

1) Die Activlegitimation des Klägers, als desjenigen Benachtheiligten, von dem Beklagter ein judicium besorgte.[2]

2) Die Passivlegitimation des Beklagten, als des das judicium besorgenden Veräußerers.[3]

3) Der Gegenstand, d. i. Ersatz des zu specificirenden Interesses.[4]

---

[8] Das Jahr beginnt für den Geber mit dem Geben, für den Gegner mit der erlangten Kunde. L. 6 D. h. t.

[9] L. 1 pr. D. h. t. Ist der Geber Kläger, so hat er nach Ablauf eines Jahres nur die condictio ob turpem causam. L. 5 §. 1 D. h. t.

[10] L. 1 §. 2 D. h. t.

[11] Criminal- oder Civilproceß. L. 1 §. 1 D. h. t.

[12] L. 1 pr. D. h. t.: „ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret."

[13] L. 1 §. 3 D. h. t.

[14] L. 3 §. 1 D. h. t.

[1] Derselben liegt der Gesichtspunkt einer Restitution wegen Dolus zu Grunde. L. 3 §. 3 D. de alienatione judicii mutandi causa facta (4; 7). C. un. C. eod. t. (2; 54). Durch die später eingeführten Grundsätze über die Haftung dessen, qui dolo malo possidere desiit, ist unsere Klage meistens überflüssig, aber nicht unzulässig geworden. Das Wort „meistens" ist gerechtfertigt; z. B. wenn ein nicht besitzender Miteigenthümer, um dem anderen Miteigenthümer bei der bevorstehenden actio communi dividundo einen lästigeren Gegner zu geben, seinen Antheil dolo malo veräußert hat, würde der Veräußerer als fingirter possessor nicht haften, da er ja nicht besessen hat, wohl aber mit unserer Klage belangt werden können. Von älteren Juristen erklärt die Klage für anwendbar Weber, Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld (Leipzig 1820), zu lib. IV. tit. VII.; von neueren v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, III. S. 1068.

[2] Ob Kläger dinglich oder persönlich berechtigt sei, ist unerheblich. L. 3 §. 1—3 D. h. t.

[3] L. 1 pr. D. h. t. Der Erbe haftet nicht. L. 4 §. 6 — l. 7 D. h. t.

[4] L. 1 pr., l. 3 §. 4, l. 4 §. 5 D. h. t.

4) Der Grund, welcher darin besteht, daß der Beklagte, als Eigenthümer, dinglich Berechtigter oder Besitzer einer Sache und eine Klage[5] wegen dieser Sache befürchtend[6], dolo malo[7], um dem Kläger durch Unterschiebung eines anderen Proceßgegners[8] die Rechtsverfolgung zu erschweren, (z. B. durch Veräußerung an einen adversarius potentior, einen homo alterius provinciae oder einen Chicaneur), oder um ihm die Rechtsverfolgung ganz zu vereiteln (z. B. durch Veräußerung von Seiten dessen, der mit dem interdictum quod vi aut clam oder der actio aquae pluviae arcendae belangt werden konnte, indem der Erwerber die Beseitigung des opus auf Kosten des Klägers nur dulden muß, während der Veräußerer es auf eigene Kosten zu beseitigen gehabt hätte[9]), die Sache oder ein Recht daran oder den Besitz unter Lebenden veräußert[10], bezw. auf einen Anderen übertragen hat.[11]

5) Der dem unter 3 Vorgebrachten entsprechende Antrag.

§. 270.

VII. Actio, si, ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Diese prätorische Klage ist eine besondere Art der actio doli.[1] Sie erfordert zu ihrer Begründung die Behauptungen,

---

[5] Möglicherweise auch die actio communi dividundo. L. 24 §. 1 D. comm. div. (10; 3).

[6] L. 8 §. 1 D. h. t.

[7] L. 1 pr., l. 4 §. 3 D. h. t.

Wer nur veräußert, um nicht wiederholt wegen der Sache processiren zu müssen oder ob valetudinem, aetatem, occupationes necessarias litem in alium transtulerit, oder seinem Verkäufer nicht blos judicii mutandi causa redhibirt, befindet sich nicht in Dolus.

L. 4 §. 1, 3, l. 9, l. 10 §. 1 D. h. t.

[8] L. 1 pr. D. h. t.

[9] L. 1 §. 1, l. 2, l. 3 pr. §. 1—3 D. h. t. Vgl. l. 14 pr. D. de aqua et aq. pl. arc. (39; 3). Das in dieser Stelle genannte de dolo judicium dürfte unsere Klage sein. Sie ist danach erst anwendbar, wenn weder die actio aquae pluviae arcendae noch das interdictum quod vi aut clam statthaft sind. Jene geht nicht mehr gegen den Errichter des Opus in Folge Veräußerung seines Grundstücks und das interdictum quod vi aut clam verjährt in einem Jahre (l. 15 §. 3 und 4 D. quod vi a. clam (43; 24]). Elvers, Das Recht des Wasserlaufes, in seiner Themis, Neue Folge, 1. B. Heft 3 (Göttingen 1841), S. 506, hält das de dolo judicium der l. 14 pr. cit. für die eigentliche actio doli, welche allerdings oft durch den fraglichen Ausdruck bezeichnet wird, aber doch höchst subsidiär ist.

[10] L. 4 §. 2 und 4, l. 8 §. 3 D. h. t.

[11] L. 4 §. 1 und 2 D. h. t.

[1] Von der actio doli unterscheidet sie sich dadurch, daß sie nicht blos subsidiär

1) daß Kläger beschädigt sei[2];

2) daß Beklagte die Eingewiesene oder deren paterfamilias seien[3];

3) daß es sich um das Interesse des Klägers handle[4];

4) daß Beklagte hafte, weil sie die missio in possessionem ventris nomine erlangt, aber den Besitz dolo malo auf einen Anderen übertragen habe, dadurch aber Kläger beschädigt sei; und bei einer Klage gegen den Hausvater, daß überdies dieser an dem Dolus Theil genommen habe[5];

5) daß somit Verurtheilung zur Leistung des Interesses beantragt werde.

§. 271.

VIII. Actio, si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur.

Von dieser prätorischen Klage gilt im Allgemeinen dasselbe, was von der vorigen bemerkt ist.[1] Sie unterscheidet sich nur darin von jener, daß es sich hier um eine dolose Erschleichung der Einweisung von Seiten der Frau handelt, obschon sie wußte, daß sie nicht schwanger sei[2], und daß diese Klage in einem Jahre verjährt.[3]

§. 272.

IX. Actio arborum furtim caesarum.

Sie ist durch folgende Angaben zu begründen:

1) Kläger sei als Eigenthümer des betreffenden Grundstücks, mag er das s. g. dominium directum oder utile haben, mag er es noch haben oder nicht, wenn er es nur zur Zeit der That gehabt hat, activ zur Sache legitimirt.[1]

2) Beklagter sei als Thäter, mag er selbst gehandelt haben oder durch Andere für sich haben handeln lassen, passiv zur Sache legitimirt.[2]

---

zusteht und eine actio perpetua ist. L. 1 §. 4 D. si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur (25; 5).

[2] L. 1 §. 1 D. h. t.

[3] L. 1 §. 1 D. h. t.

[4] L. 1 §. 1 und 3 D. h. t.

[5] L. 1 §. 1, l. 2 D. h. t.

[1] L. un. D. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur (25; 6).

[2] L. 1 §. 2 D. h. t.

[3] L. 1 §. 3 D. h. t.

[1] L. 5 §. 3, l. 8 pr., l. 12 D. arborum furtim caesarum (47; 7). Der Usufructuarius hat die Klage nicht. L. 5 §. 2 D. h. t.

[2] L. 7 §. 4 D. h. t.

3) Es handle sich um das Interesse.[3]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter einen Baum[4] oder ein Stammgewächs des Klägers in diebischer Weise[5], d. i. absichtlich und heimlich[6], angehauen, umgehauen oder abgeschält[7] habe.

5) Der Antrag gehe auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des Interesses.

Die Klage setzt kein furtum voraus, weil weder der animus lucrandi oder der affectus furandi noch eine contrectatio erforderlich, wenn auch möglich sind.[8]

Obschon die Aquilische Klage anstatt unserer Klage anwendbar ist[9], so kann letztere doch nicht neben jener hingestellt werden, weil sie einen Dolus erfordert. Sie ist eine aus dem Gesetz der 12 Tafeln stammende actio doli, aber nicht subsidiär[10], gegen die Erben gar nicht statthaft[11] und eine actio perpetua.[12]

§. 273.

X. Actio vi bonorum raptorum (wegen eines damnum hominibus coactis factum).

Begründung:

1) Kläger sei der, dessen Interesse verletzt worden.[1]

2) Beklagter sei der, welcher den Schaden als physischer oder intellectueller Urheber verursacht habe, mag er die Menschen zusammengebracht oder sich nur der von einem Anderen zusammengebrachten bedient haben, mag er selbst dazu gehört haben oder nicht.[2] Die Erben haften nach l. 2 §. 27 D. (47; 8) gar nicht, indem die vorliegende Klage im Zweifel der actio vi bonorum raptorum gleich zu behan-

---

[3] L. 8 pr. D. h. t.

[4] Z. B. Weinstöcke; auch Bäume mit bereits abgestorbenen Wurzeln. L. 3 §. 3 bis 5 D. h. t.

[5] Diebische Absicht ist nicht erforderlich. L. 7 pr. §. 1, l. 8 §. 2 D. h. t.

[6] L. 8 §. 1 und 3 D. h. t.

[7] L. 5 pr. D. h. t.; nicht: mit den Wurzeln herausgerissen habe. L. 7 §. 2 D. h. t.

[8] L. 7 §. 1, l. 8 §. 2 D. h. t.

[9] L. 1, l. 5 §. 1, l. 11 D. h. t.

[10] L. 1, l. 9 D. h. t.

[11] L. 7 §. 6 D. h. t.

[12] Daselbst.

[1] L. 2 pr. §. 22 D. vi bonorum raptorum, et de turba (47; 8). In Ansehung der Activlegitimation erfordert die vorliegende Klage weniger, als die actio legis Aquiliae. Vgl. unten §. 285 unter 1.

[2] L. 2 §. 2, 3 und 12 D. (47; 8).

deln ist. Unsere Klage muß correct sogar als actio vi bonorum raptorum oder actio bonorum raptorum bezeichnet werden, wie sich auch aus l. 2 §. 17 und l. 4 §. 9 D. (47; 8) ergibt.

3) Es handle sich um Leistung des Interesses, nicht blos des gegenwärtigen verum pretium rei als Maximums.[3]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter dem Kläger dolo malo einen Schaden, unter Einwirkung von zum Zweck der Beschädigung vereinigten Menschen[4], verursacht habe.[5]

5) Beantragt werde Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des angegebenen Schadens.

Die vorliegende prätorische Klage unterscheidet sich von der actio doli dadurch, daß sie nicht subsidiär ist, daß sie in Ansehung des Interesses eine actio annalis, des verum pretium rei dagegen eine actio perpetua[6] ist und daß sie gegen die Erben gar nicht gerichtet werden kann.[7]

§. 274.
XI. Actio de turba.

Der Ausdruck „actio de turba" ist ebensowenig quellenmäßig, als die an die Spitze der §§. 269, 270, 271, 275 gesetzten. Sie entsprechen nur den Ueberschriften der betreffenden Pandektentitel. In den Quellen findet man keine bestimmten Namen. Ich schwankte zwischen actio damni in turba dati, actio ex edicto de turba und actio de turba. Der letzte Ausdruck ist der kürzeste und daher von mir vorgezogen.

Geltend zu machen ist bei der vorliegenden prätorischen actio in factum:

1) daß der Kläger als derjenige, der ein Interesse daran habe, daß der Schaden nicht angerichtet worden[1], activ,

2) Beklagter als Thäter oder Anstifter[2], nicht auch deren Erbe[3], passiv zur Sache legitimirt seien;

---

[3] An die Stelle des Vierfachen des verum pretium rei — l. 2 §. 13 D. (47; 8) — ist jetzt das Interesse zu setzen. S. oben §. 265 a. E.

[4] Es genügt eine einzige Person außer dem Beschädiger. L. 2 §. 6 D. (47; 8).

[5] L. 2 pr. §. 4 D. (47; 8).

[6] Da nach Röm. Recht die Klage nach einem Jahre nur auf das Einfache des verum pretium rei ging, würde es zu willkürlich sein, sie jetzt nach einem Jahre auf das Interesse zuzulassen.

[7] L. 2 §. 27 D. (47; 8). Sie müssen also mit einer anderen Klage belangt werden.

[1] Vgl. L. 2 §. 22 und die l. 4 D. (47; 8), sowie den vorigen Paragraphen Note 1.

[2] L. 4 §. 4 D. (47; 8).

[3] L. 4 §. 16, l. 2 §. 27 D. (47; 8).

3) daß es sich um das Interesse, nicht blos das simplum des gegenwärtigen verum pretium rei als Maximum, handle[4];

4) daß der Grund der Klage darin bestehe, daß der Schaden in einer turba, einem Zusammenlauf von etwa 10 Personen[5], dolo malo[6] des Beklagten verursacht sei;

5) daß demnach beantragt werde, Beklagten zur Zahlung des angegebenen Schadens an den Kläger zu verurtheilen.

Die am Schluß des vorigen Paragraphen angegebenen Unterschiede von der actio doli finden sich auch bei der vorliegenden Klage.

§. 275.
XII. Actio de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.

Dabei ist anzugeben:

1) daß Kläger als Verletzter (Interessirter[1]) activ,

2) Beklagter als Verletzer passiv

zur Sache legitimirt seien;

3) daß es sich um das Interesse, nicht blos das simplum des gegenwärtigen verum pretium rei als höchsten Betrag, handle[2];

4) daß der Grund der Klage darin bestehe, daß Beklagter dem Kläger dolo malo[3] durch Raub, Entwendung, Hehlerei oder Beschädigung einer Sache[4] bei einem Brande, Einsturz, Schiffbruch oder der Eroberung eines Schiffs oder Floßes[5] einen Schaden zugefügt habe;

5) daß demnach gebeten werde, Beklagten zum Ersatz des bezeichneten Schadens an den Kläger verurtheilen zu wollen.

Die vorliegende prätorische Klage ist keine subsidiäre, ist eine actio perpetua in Ansehung des verum pretium rei[6] und geht der Regel

---

[4] S. oben §. 265 a. E. und l. 4 §. 11 D. (47; 8).

[5] L. 4 §. 3 D. (47; 8).

[6] Die turba braucht nicht dolo malo herbeigeführt zu sein. L. 4 §. 6 D. (47; 8). Es muß dann aber der Dolus auf Beschädigung gehen. L. 4 §. 13 D. (47; 8). Dieser Dolus kann fehlen, wenn dolo malo die turba veranlaßt ist. L. 4 §. 14 D. (47; 8).

[1] Vgl. die §§. 265, 273 und 274 unter 1.

[2] Vgl. die §§. 265 a. E., 273 und 274 unter 3.

[3] L. 1 pr., l. 3 §. 3 und 7 D. de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata (47; 9).

[4] L. 1 pr., l. 3 §. 4 D. h. t.

[5] L. 1 pr., l. 3 pr. D. h. t.

[6] L. 1 pr. D. h. t. S. §. 273 Note 6.

entsprechend gegen die Erben nach Römischem Recht, soweit an sie durch das Vergehen etwas gelangt oder dolo malo nicht gelangt war[7], nach Kanonischem Recht bis zum Belaufe der Erbschaft.

§. 276.
XIII. Actio sepulchri violati.

1) Kläger ist der, ad quem jus sepulchri pertinet, d. i. der Gründer und dessen Nachkommen, mögen sie ihn beerbt haben oder nicht, bei einem Familienbegräbniß; dagegen dessen Erben bei einem Erbbegräbniß.[1]

2) Beklagter ist der Verletzer.[2]

3) Die Klage geht auf das vom Richter nach seinem freien Ermessen festzusetzende Interesse.[3]

4) Der Grund besteht darin, daß das Grabmal dolo[4] verletzt und dadurch der eingeklagte Schaden verursacht ist.

5) Der auf die vorstehenden Punkte zu stützende Antrag ist auf Verurtheilung zur Leistung des Interesses zu richten.

Von der actio doli unterscheidet sich die nach Römischem Recht ebenfalls infamirende actio sepulchri violati dadurch, daß sie eine s. g. actio vindictam spirans, nicht subsidiär, dagegen eine actio perpetua ist.

Im Fall einer Verletzung des sepulchrum ist die actio legis Aquiliae ganz ausgeschlossen.[5]

Das interdictum quod vi aut clam kann anwendbar sein.[6]

Soweit die actio sepulchri violati die Natur einer Popularklage hatte, ist sie unpraktisch.

---

[7] L. 4 §. 2 D. h. t.

[1] L. 3 pr. §. 9, l. 10 D. de sepulcro violato (47; 12).
L. 5 D. de rel. (11; 7). Die Klage, eine prätorische actio in factum, die meistens sepulchri violati act. genannt wird, geht als actio vindictam spirans activ nicht auf die Erben über. L. 6 in den Worten „magis ad ultionem" und 10 in den Worten „in sola vindicta" D. h. t. L. 20 §. 5 D. de acq. v. om. her. (29; 2).

[2] Dessen Erben haften nach R. R., soweit an sie durch das Vergehen etwas gelangt oder dolo malo nicht gelangt war, jetzt bis zum Belaufe der Erbschaft.

[3] L. 3 §. 9, l. 10 D. h. t.

[4] L. 3 pr. D. h. t. Vgl. auch den tit. C. de sepulcro violato (9; 19).

[5] L. 2 D. h. t. Die actio legis Aquiliae kann nur der Eigenthümer oder dinglich Berechtigte anstellen; sie ist also im Fall des Textes nicht möglich.

[6] L. 2 D. h. t. Das interdictum quod vi aut clam hat der Interessent, so daß es auch schon nach Röm. Recht bei der Verletzung eines Grabmals, ungeachtet dies eine res extra commercium war, vorkommen konnte.

§. 277.

XIV. Die Klagen aus dem Patentgesetz vom 25. Mai 1877.

Patente werden ertheilt für neue Erfindungen, welche eine gewerbliche Verwerthung gestatten.

Nach dem Gesetz vom 25. Mai 1877 müssen wir für unseren Zweck folgende Fälle unterscheiden:

1) das Verfahren wegen Ertheilung eines Patents;

2) das Verfahren wegen Erklärung der Nichtigkeit oder wegen Zurücknahme des Patents;

3) die Klage auf angemessene Vergütung wegen Ertheilung der Erlaubniß zur Benutzung der Erfindung an Andere;

4) die Entschädigungsklage wegen wissentlicher widerrechtlicher Benutzung einer Erfindung.

1. Das Verfahren wegen Ertheilung eines Patents, die durch das Patentamt erfolgt, ist ein völlig administratives, in erster und zweiter Instanz.[1]

2. Das Verfahren wegen Erklärung der Nichtigkeit[2] oder wegen Zurücknahme des Patents[3] ist ein Gemisch von administrativem und gerichtlichem Verfahren. Ein Antrag ist nothwendig. Derselbe ist schriftlich an das Patentamt (ein Verwaltungsgericht) zu richten und hat die Thatsachen anzugeben, auf welche er gestützt wird.[4]

---

[1] Gesetz vom 25. Mai 1877 §§. 20—26.

[2] Daselbst §. 10: „Das Patent wird für nichtig erklärt, wenn sich ergiebt:

1. daß die Erfindung nach §§. 1 und 2 nicht patentfähig war,

2. daß der wesentliche Inhalt der Anmeldung den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Geräthschaften oder Einrichtungen eines Anderen oder einem von diesem angewendeten Verfahren ohne Einwilligung desselben entnommen war." Es ist „eine neue Erfindung auch dann anzunehmen, wenn der wissenschaftliche Lehrsatz, auf welchem sie beruht, bereits bekannt und wenn bereits eine (jedoch eine andere) der aus diesem Lehrsatze sich ergebenden Konstruktionen hergestellt war." E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 28. Andererseits schließt die Erlöschung des Patents durch Nichtzahlung der Gebühren oder die in der folgenden Note bezeichnete Zurücknahme eine Nichtigkeitserklärung nicht aus. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 27.

[3] Daselbst §. 11: „Das Patent kann nach Ablauf von drei Jahren zurückgenommen werden:

1. wenn der Patentinhaber es unterläßt, im Inlande die Erfindung in angemessenem Umfange zur Ausführung zu bringen, oder doch Alles zu thun, was erforderlich ist, um diese Ausführung zu sichern;

2. wenn im öffentlichen Interesse die Ertheilung der Erlaubniß zur Benutzung der Erfindung an Andere geboten erscheint, der Patentinhaber aber gleichwohl sich weigert, diese Erlaubniß gegen angemessene Vergütung und genügende Sicherstellung zu ertheilen."

[4] Daselbst §. 27. Nicht blos der Verletzte, sondern jeder Interessent kann den

Gegen die Entscheidungen des Patentamtes ist die Berufung zulässig. Sie geht an das Reichsgericht. Sie ist binnen sechs Wochen nach der Zustellung bei dem Patentamte schriftlich anzumelden und zu begründen.[5]

Der Natur der Sache nach wird die Officialmaxime meistens zur Anwendung kommen müssen.[6] Nicht immer, da ja ein Antrag nothwendig ist. Es ist freilich unverständlich, daß das Patentamt, wenn es nachträglich erfährt, daß z. B. die Verwerthung der patentirten Erfindung den Gesetzen oder guten Sitten zuwiderlaufe (§. 1 unter 1), nicht von Amtswegen einschreiten darf.

3. Die Klage auf Vergütung ist eine gewöhnliche Klage und in folgender Weise zu begründen:

a) Kläger sei als Patentinhaber activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als Reichsfiscus oder als Landesfiscus oder als interessirter Dritter passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Leistung einer zu specificirenden Vergütung.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß

1) die Erfindung nach Bestimmung des Reichskanzlers für das Heer oder für die Flotte oder sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden solle und daß deshalb der Reichsfiscus, bezw. der Fiscus desjenigen Staats, welcher in seinem besonderen Interesse die Beschränkung des Patents beantragt habe, hafte[7], oder

2) im öffentlichen Interesse die Erlaubniß zur Benutzung der Erfindung an den Beklagten auf dessen Verlangen, mag selbiger eine Be-

---

Antrag stellen. Dies kann auch ein Anderer sein, als der zur Verfügung über die Erfindung hauptsächlich Berechtigte, z. B. der Erfinder, sofern er noch in irgend einer Weise rechtlich interessirt ist. Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 36 und Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 154.

Der Antragsteller wird im Allgemeinen die seinem Antrage zu Grunde liegenden Thatsachen zu beweisen haben. Dies gilt auch von dem Mangel der Neuheit der Erfindung; aber nicht deshalb, weil die Patentirung eine rechtliche Vermuthung der Neuheit begründe. Dies ist nicht der Fall, selbst dann nicht, wenn bei der Patentertheilung das Vorprüfungssystem, im Gegensatz gegen das Anmeldungssystem, gilt. Vgl. Busch a. a. O. 33. B. S. 344—346. Dessenungeachtet muß der Antragsteller der Regel nach den Mangel der Neuheit beweisen, weil darauf sein Antrag auf Nichtigkeitserklärung u. s. w. gegründet wird und für die Wahrheit dieser Grundlage auch nicht eine rechtliche Vermuthung streitet. Dazu kommt, daß der Implorat als Quasibesitzer den Vorzug haben muß.

[5] Daselbst §. 32. Die proceßrechtlichen Vorschriften des Patentgesetzes werden durch die C. P. O. nicht berührt. E. G. zur C. P. O. §. 13.

[6] Dabei kann auch nach der Verordnung, betreffend das Berufungsverfahren beim Reichs-Oberhandelsgericht in Patentsachen, vom 1. Mai 1878, §. 7 Abs. 2 dieses Gericht Thatsachen und Beweise berücksichtigen, mit welchen die Parteien ausgeschlossen sind.

[7] Daselbst §. 5.

hörde oder ein Privater sein, gegen angemessene Vergütung ertheilt[8] und daß die specificirte Vergütung eine angemessene sei.

e) Im Fall zu d 1 sei eine Verständigung über die Höhe der Vergütung vergeblich versucht worden.[9]

f) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zur Zahlung der beanspruchten Vergütung verurtheilen zu wollen.

4. Die Entschädigungsklage ist die wichtigste. Sie ist in nachstehender Weise zu begründen:

a) Kläger sei als Patentinhaber activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als Verletzer passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Leistung der zu specificirenden Entschädigung.

d) Weil Beklagter wissentlich den Bestimmungen der §§. 4 und 5 des Gesetzes vom 25. Mai 1877 zuwider die fragliche Erfindung in Benutzung genommen habe, dadurch der Schaden entstanden, die angegebene Höhe auch angemessen sei.[10]

e) Beantragt werde demnach Verurtheilung des Beklagten zur Leistung der angegebenen Entschädigungssumme an den Kläger.[11]

§. 278.

XV. Actio adversus eum, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat.[1]

Sie erfordert folgende Angaben:

1) daß Kläger als Gehinderter oder dessen Gegner activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Hindernder passiv zur Sache legitimirt sei;

3) daß es sich um Leistung des zu specificirenden Interesses handle[2];

4) daß Beklagter hafte, weil er dolo malo eine der geladenen Proceßparteien gehindert habe, vor Gericht zu erscheinen, und dadurch dem Kläger der eingeklagte Schaden erwachsen sei[3];

---

[8] Daselbst §. 11 Ziffer 2.

[9] Da nach §. 5 Abs. 2 die Vergütung nur in Ermangelung einer Verständigung im Rechtswege festzusetzen ist, muß bei Klagen gegen den Fiscus vorher eine Verständigung versucht werden, wofür auch das, was sonst bei Enteignungen gilt, spricht.

[10] Daselbst §§. 34—39.

[11] Statt Entschädigung kann auf Verlangen des Beschädigten neben einer Strafe auf eine Buße bis zu 10,000 Mark erkannt werden. Daselbst §. 36. S. oben §. 267 Note 3.

[1] Vgl. den tit. D. de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat (2; 10).

[2] L. 3 pr. §. 4 D. h. t.

[3] L. 1 pr. §. 1—6, l. 3 §. 2 und 3 D. h. t.

5) daß demnach um Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des beanspruchten Interesses an den Kläger gebeten werde.

Die vorstehende Klage, eine prätorische actio in factum, unterscheidet sich von der actio doli dadurch, daß sie eine actio perpetua ist. Nur insofern ist die Klage subsidiär, als sie ausgeschlossen wird, wenn ein Kläger den Beklagten gehindert hat und letzterer durch eine Einrede genügend gesichert ist.[4]

§. 279.

XVI. Interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

Derjenige, welcher aus irgend einem Grunde (z. B. legatorum servandorum causa, damni infecti nomine, ventris nomine u. s. w.) vom Richter eine Einweisung in den Besitz von Sachen erlangt hat, kann sich des vorliegenden Interdicts zu dem Zweck bedienen, um sich den Besitz zu verschaffen, zu erhalten und denselben wieder zu erlangen.

Außerdem konnte auch durch extraordinaria executio die Einweisung vollzogen werden.

Ueberdies ist eine actio in factum auf Schadensersatz anwendbar.

Zur Begründung des Interdicts ist Folgendes hervorzuheben:

1) in Betreff der Activlegitimation, daß Kläger von dem Richter (nach Römischem Recht vom Prätor oder dem, cujus de ea re jurisdictio fuerit[1]) die Einweisung erwirkt habe[2];

2) in Betreff der Passivlegitimation, daß Beklagter den Kläger gehindert habe, sich den Besitz zu verschaffen, oder ihn im Besitz gestört oder ihm den Besitz, wenn auch ohne Gewalt, entzogen habe[3];

3) in Ansehung des Gegenstandes, daß die Erlangung oder die Erhaltung oder die Wiedererlangung des Besitzes in Betracht komme;

4) in Betreff des Grundes die richterliche Einweisung und die dessenungeachtet geschehene dolose[4] Hinderung der Besitzerlangung, Störung im Besitz oder Besitzentziehung[5];

5) in Betreff des Antrages, daß Beklagter verurtheilt werde, den

---

[4] L. 1 §. 3 D. h. t.

[1] L. 1 pr. D. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (43; 4).

[2] L. 1 pr. §. 1 und 2 D. h. t.

[3] L. 1 §. 3 D. h. t.

L. 5 §. 23 und 27 D. ut in possessione legatorum vel fideicommissorum causa esse liceat (36; 4).

[4] L. 1 pr. §. 6 D. h. t.

[5] L. 3 pr. §. 2, l. 4 pr. D. h. t.

Kläger an der Erlangung oder Erhaltung des Besitzes nicht zu stören oder ihm den entzogenen Besitz zu restituiren.[6]

Ist bei der missio damni infecti nomine oder legatorum servandorum causa die Caution oder Satisdation (jetzt auch eine sonstige genügende Realcaution) geleistet oder angeboten, so würde das Interdict durch eine Einrede beseitigt werden können.[7] —

Die extraordinaria executio[8] war in Betreff des Verfahrens noch schleuniger, auch ohne Gehör des Gegners unter Umständen statthaft. —

Zur Begründung der actio in factum[9] ist geltend zu machen, daß

1) Kläger eingewiesen sei;

2) Beklagter[10], mag dies der Impetrat oder ein Dritter sein[11], suo oder alieno nomine[12], selbst oder per alios[13], ihn gehindert habe, sich den Besitz zu verschaffen, oder ihn im Besitz gestört oder ihm den Besitz entzogen habe[14];

3) der Ersatz des zu specificirenden und darzulegenden Schadens[15] als Folge der Hinderung, Störung oder Besitzentziehung beansprucht werde[16];

4) weil eine dolose, gewaltsame oder nicht gewaltsame[17] Hinderung des Klägers in eigener Person oder in der Person seines Vertreters oder

---

[6] L. 3 §. 2 D. h. t.

[7] L. 4 §. 1 D. h. t.

[8] L. 3 pr. §. 1 D. h. t.

[9] Vgl. dazu auch l. 14 pr. §. 1 D. quibus ex causis in possessionem eatur (42; 4). Bei der s. g. missio Antoniniana ist die Klage utiliter anwendbar. L. 3 §. 1 D. h. t.

[10] Bei der missio legatorum servandorum causa haften die Erben des Impetraten nicht blos bis zu dem an sie durch das Vergehen Gelangten oder dolo malo nicht Gelangten (dem Belaufe der Erbschaft nach Kanonischem Recht), sondern in solidum, weil sie durch das Anbieten einer Satisdation (jetzt auch einer sonstigen genügenden Realcaution) das Interdict (und auch die actio in factum) beseitigen können. Unter gleichen Umständen würde dasselbe auch anderweitig, z. B. bei einer missio damni infecti nomine, gelten müssen. L. 1 §. 8 D. h. t. in den Worten „quia est in potestate successorum, evitare interdictum satisdatione oblata".

[11] L. 1 §. 2 D. h. t.

[12] L. 2 §. 1 D. h. t.

[13] L. 1 §. 7 D. h. t.

[14] L. 1 §. 3 D. h. t. Hat der Tutor für den Pupillen gehandelt, so haften beide; letzterer vorausgesetzt, daß der Tutor zahlungsfähig sei. Wenn der Pupill selbst gehandelt hat, haftet er nur als doli capax. L. 1 §. 6 D. h. t. Erben haften, wie gewöhnlich, bis zu dem durch das Vergehen an sie Gelangten oder dolo malo nicht Gelangten, jetzt dem Belauf der Erbschaft. L. 1 §. 8 D. h. t.

[15] L. 14 pr. §. 1 D. quibus ex causis i. p. e. (42; 4). Handelt es sich um Schadensersatz deshalb, weil weder cavirt, noch der Einweisung Folge geleistet sei, so kann der Schaden so, als ob cavirt sei, berechnet werden. L. 4 §. 2 D. h. t.

[16] L. 1 §. 5 D. h. t.

[17] L. 1 pr. §. 3 und 6 D. h. t.

Besitzstörung oder Besitzentziehung Statt gefunden und Kläger ein Interesse daran habe, zu besitzen[18];

5) somit Beklagter, wie beantragt werde, zur Erstattung des Schadens an den Kläger zu verurtheilen sei.

Gegen die actio in factum kann namentlich eingewendet werden:

a) daß Beklagter die Sache für die seinige gehalten habe, es möchte denn die Einweisung gerade gegen ihn erwirkt sein[19];

b) daß er die Sache für eine ihm verpfändete gehalten, unter gleicher Beschränkung[20];

c) daß er geglaubt habe, die Sache gehöre nicht dem Schuldner, gegen welchen die Einweisung erwirkt worden[21];

d) daß Kläger ob falsum creditum vel ob falsam petitionem oder wegen eines durch eine Exception zu beseitigenden Anspruchs immittirt sei[22];

e) daß die Klage nach Ablauf eines Jahres verjährt sei.[23]

Durch die Einreden unter a—c wird der Dolus beseitigt.

§. 280.

XVII. Die Klage auf Deflorationsentschädigung.[1]

Dabei ist geltend zu machen:

1) Daß Kläger activ zur Sache legitimirt sei. Dies sind die Geschwächte (auch eine Wittwe) und deren Erben, sofern nicht letzteren eingewendet werden kann, daß dem Beklagten durch den Tod der Geschwächten ohne sein Verschulden das Wahlrecht zwischen Heirath oder Dotirung entzogen und damit auch der Anspruch auf letztere hinfällig geworden sei.[2]

---

[18] L. 1 pr. §. 5, l. 2 pr., l. 3 §. 2 D. h. t.

[19] L. 1 §. 4 D. h. t.

[20] L. 1 §. 4 D. h. t.

[21] L. 1 §. 4 D. h. t.

[22] L. 1 §. 5 D. h. t. Der Einwand ob falsum creditum vel ob falsam petitionem kann auch nur negative Einlassung sein, wenn nämlich Beklagter das vom Kläger durch Geltendmachung eines Anspruchs näher begründete Interesse durch bloßes Bestreiten des Anspruchs in Abrede stellt. Andererseits läßt sich aber jener Einwand auch als wahre Einrede, die Beklagter zu begründen und zu beweisen hat, denken, z. B. wenn Kläger eine rechtliche Vermuthung für sich hat.

[23] L. 1 §. 8 D. h. t., die zugleich eine Ausnahme enthält.

[1] Vgl. 2. B. Moses 22; 16 und 17. C. 1 und 2 X. de adult. (5; 16).

[2] A. M. Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 206. Wenn der stuprator alsbald nach der Schwächung der Geschwächten erklärt hat, sie heirathen zu wollen und diese entweder hiermit einverstanden war oder ohne genügenden Grund widersprochen hat, auch die Heirath nicht durch Schuld des stuprator verzögert ist, würden die Erben nicht mit Erfolg klagen können. Dagegen dürfte dem beigetreten werden können, was das vormalige Obertribunal zu Berlin sagte: „Das gemeine Recht kennt den

2) Daß Beklagter passiv zur Sache legitimirt sei. Dies ist der stuprator, mag er auch anderweitig verlobt oder verheirathet sein und mag die Geschwächte dies gewußt haben oder nicht.[3]

3) Der Gegenstand. Dies ist die Dotirung der Klägerin. Die letztere ist auch ohne Rücksicht auf eine andere in Aussicht stehende Heirath zu gewähren. Die Höhe richtet sich nach dem Stande und Vermögen beider Theile. Es braucht nicht nach Wahl des Beklagten auf Dotirung oder Eingehung der Ehe geklagt zu werden. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, den Einwand zu erheben, daß er die Klägerin heirathen wolle. Dagegen können wiederum verschiedene Repliken vorgebracht werden, z. B. daß Beklagter sich der Klägerin gegenüber unwürdig benommen habe.

4) Der Grund. Dieser besteht darin, daß Beklagter als Verführer[4] die Klägerin geschwächt habe. Die Verführerin hat keinen Anspruch; auch nicht die Klägerin, welche sich früher oder später mehreren Concumbenten hingegeben[5] oder schon früher außerehelich geboren hat. Daß ein Kind geboren oder auch nur eine Schwängerung eingetreten sei, ist nicht nothwendig.

5) Der Antrag geht dahin, Beklagten zu verurtheilen, die beanspruchte Deflorationsentschädigungssumme der Klägerin zu zahlen.

§. 281.
XVIII. Actio quod metus causa.

Es ist Folgendes hervorzuheben:

1) Kläger sei als gezwungener Beschädigter[1] activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als derjenige, welcher die Furcht verursacht oder

---

Rechtsgrundsatz nicht, daß einer außerehelich Geschwächten ein Satisfactionsanspruch nicht zustehe, wenn ein gesetzliches Ehehinderniß vorhanden ist und die Geschwächte zur Zeit der Schwächung von dem Ehehinderniß Kenntniß hatte." S. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 241. — Im Uebrigen ist die Klage nicht eine s. g. actio vindictam spirans.

[3] Seuffert's Archiv 1. B. Nr. 230, 6. B. Nr. 200.

[4] Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, VI. Jahrgang (1870), S. 137—141. Die Beweislast trifft den Beklagten, daß Klägerin ihn verführt habe. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 133. Striethorst's Archiv 40. B. Nr. 69. Seine bezügliche Einrede ist eine s. g. exceptio doli specialis. Vgl. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 33.

[5] Vgl. Elvers, Themis, 2. B. Heft 2 (Göttingen 1829), S. 189—201.

[1] Ein Schaden in der Bedeutung unserer Klage liegt nicht vor, wenn ein Schuldner gezwungen ist, seine Schuld zu bezahlen. Es kann aber unerlaubte Selbsthülfe, indessen auch erlaubte Selbstvertheidigung vorliegen. L. 12 §. 1 und 2, l. 14 pr. D. quod metus causa gestum erit (4; 2).

dadurch zum Nachtheil des Klägers etwas erlangt habe[2], passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Wiederherstellung des früheren rechtlichen oder factischen Zustandes[3], also auch Wiederherausgabe der abgenöthigten Sache, Leistung u. d. m. nebst der omnis causa seit der erfolgreichen Drohung, auch fructus percipiendi[4] oder das Interesse, bezw. bei Dritten soweit an sie etwas gelangt ist.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß dem Kläger von Jemandem[5] durch eine näher zu begründende, auch einen homo constantissimus bestimmende, rechtswidrige[6], wenn auch ursprünglich von jenem oder dem Bedrohten selbst, etwa als Ehebrecher, verschuldete[7] vis und dadurch veranlaßten metus[8] sammt Aufhebung des bisherigen rechtlichen oder factischen Zustandes ein Schaden[9] zugefügt sei.

5) Beantragt werde daher, Beklagten zu verurtheilen, dem Kläger den früheren Zustand nebst der omnis causa seit der erfolgreichen Drohung wiederherzustellen, eventuell das Interesse zu zahlen, bezw., soweit an ihn etwas gelangt sei, zu leisten.

---

[2] Dahin gehört z. B. Befreiung des Hauptschuldners in Folge einer vom Bürgen erzwungenen Acceptilation; oder Befreiung des Bürgen in Folge einer vom Hauptschuldner oder einem Dritten geübten vis, in welchem letzteren Fall der Bürge nicht auch auf Wiederherstellung der Obligation des Hauptschuldners belangt werden kann. L. 11 D. h. t.

[3] L. 10 §. 1 D. h. t.

[4] L. 12 pr., l. 14 §. 7 D. h. t. L. 38 §. 6 D. de usur. (22; 1).

[5] Es braucht der Name des Drohenden der Regel nach nicht angegeben zu werden. L. 14 §. 3 D. h. t. L. 15 §. 3 D. de dolo malo (4; 3). S. auch noch dagegen in Ansehung der exceptio doli l. 2 §. 1 D. de doli mali — exc. (44; 4). Wollte man die materielle l. 14 §. 3 cit. nicht mehr als angeblich processualisches Landesgesetz (im Gegensatz gegen Reichsgesetz im engeren Sinne) gelten lassen, so müßte man doch sagen, ihre Bestimmung gelte zufolge der Natur der Sache. Ausnahmsweise kann freilich die Sache so liegen, daß ohne Angabe der Person des Drohenden wirklich eine Dunkelheit obwalten würde, z. B. in Ansehung der Frage, ob auch eine gerechte Furcht anzunehmen sei. Dann müßte allerdings die Person näher bezeichnet werden. Und dies wird auch nach Röm. Proceß der Fall gewesen sein.

[6] L. 3 §. 1 D. h. t.

[7] L. 7 §. 1, l. 8 pr. D. h. t.

[8] Z. B. vor dem Tode, vor einer Körperverletzung oder Mißhandlung, vor Entziehung der Freiheit, vor Erleidung eines stuprum, mag es sich dabei um den Kläger oder seine Kinder handeln. L. 3 §. 1, l. 4, l. 7 §. 1, l. 8 §. 2 und 3 D. h. t. Furcht vor Infamie, Civilprocessen, Criminalanklagen, Vermögensnachtheilen u. d. m. genügt nicht. L. 7 pr. D. h. t. C. 10 C. de his, quae vi metusque causa gesta sunt (2; 19).

[9] Z. B. auch Verlust des Besitzes. L. 9 pr. D. h. t. S. im Uebrigen Note 1.

Beklagter kann einwenden, daß er das Erhaltene vom Kläger zur Abwendung der von Seiten eines Dritten geübten Drohung als Lohn für seine Dienste empfangen habe[10]; ferner, daß die prätorische Klage mit dem Ablauf eines Jahres verjährt sei. Gegen letztere Einrede müßte Kläger auch jetzt, obschon die Klage nicht mehr auf das Vierfache, sondern nur das Einfache des Interesses, bezw. des an Beklagten Gelangten geht, repliciren, daß besondere Gründe, namentlich die Nichtanwendbarkeit einer anderen Klage, für die Zulassung derselben nach dem Jahre sprächen.[11]

§. 282.

XIX. Actio Pauliana.[1]

A. Früheres Recht.

Die Begründung der vorliegenden (nur vereinzelt actio Pauliana genannten) prätorischen Klage erfordert folgende Behauptungen:

a) Kläger sei als Concursverwalter oder als verletzter Gläubiger activ zur Sache legitimirt.[2]

b) Beklagter sei als erster oder folgender Erwerber (bei einer Dotalbestellung der Mann nur im Fall seiner mala fides, die Frau — und deren paterfamilias nach Römischem Recht — auch im Fall ihrer bona fides) oder subsidiär als Schuldner passiv zur Sache legitimirt.[3]

c) Es handle sich um Wiederherstellung des früheren Zustandes nebst der omnis causa, insbesondere auch mit Früchten (percipiendis — denen, die der fraudator, der Veräußerer, hätte percipiren können — im Fall der mala fides) und Zinsen seit dem Erwerbe, und zwar im Fall der

---

[10] L. 9 §. 1 D. h. t. in den Worten „ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor".

[11] L. 14 §. 1 und 2 D. h. t. C. 4 C. h. t. Vgl. oben §. 7 Ziffer 26.

[1] Man muß bei dieser Klage in der Theorie und Praxis des Röm., also von den hervorragendsten praktischen Juristen aller Zeiten auf eine Erfahrung vieler Jahrhunderte hin angenommenen, Satzes: „Sibi enim vigilavit" stets eingedenk sein. Andererseits darf aber auch das Interesse der benachtheiligten Gläubiger nicht zu sehr hintenangesetzt werden. Es kommt also auf die Feststellung der richtigen Gränze an.

[2] L. 1 pr. D. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur (42; 8). Vgl. auch l. 10 §. 1, 6—8, l. 15 und 16 D. h. t., sowie Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 259.

[3] L. 25 §. 1, 2 und 7 D. h. t. C. 5 C. de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt (7; 75). Besitz des Beklagten ist im Allgemeinen gleichgültig. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 198. Nur dann, wenn Beklagter nur bis zu einer Bereicherung haftet und ohne Besitz eine solche nicht vorliegen würde, kommt es auf den Besitz an.

bona fides des Beklagten bis zu dessen Bereicherung; eventuell um Leistung des Interesses.[4]

d) Der Grund der Klage besteht darin:

daß der in Concurs gerathene Gemeinschuldner oder der Schuldner eines Einzigen Gläubigers[5] in der dolosen, durch schlüssige Handlungen nachzuweisenden, bei einer Schenkung des ganzen Vermögens selbstverständlichen Absicht, seine oder seinen Gläubiger (im ersteren Fall alle oder einzelne) zu benachtheiligen (nicht blos in der Absicht, sich herauszuarbeiten; bei einem Verkaufe unter dem wahren Werthe auch nicht in der Meinung, einen angemessenen Preis zu erhalten — Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 96 —), die angefochtene Veräußerung[6] vorgenommen und daß letztere eine Benachtheiligung jener Gläubiger oder jenes Gläubigers, die von der angegebenen Absicht betroffen worden, oder solcher Gläubiger, durch deren Geld jene befriedigt seien — l. 10 §. 1 und 8, l. 15 und 16 D. h. t. —, herbeigeführt habe (so daß also die Veräußerung zur Zeit der materiellen Zahlungsunfähigkeit geschehen sein oder eine solche veranlaßt haben mußte);

ferner daß Beklagter, sofern dieser nicht der Schuldner war, das Veräußerte empfangen habe, daß die Rückleistung des Empfangenen s. w. d. a. zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig sei, (in welcher Hinsicht die Concurserkennung bis zum Beweise des Gegentheils genügt);

---

[4] L. 6 §. 11 und 12, l. 10 §. 5, 12, 19—22, l. 25 pr. D. h. t. L. 38 §. 4 D. de usur. (22; 1). Die in der Zeit zwischen der Veräußerung und der Klagerhebung entstandenen (z. B. concipirten oder gesäeten) und zugleich percipirten Früchte sind nicht mit zu restituiren. L. 25 §. 4—6 D. h. t. Hat Beklagter verkauft, so kann der erhaltene Preis stets anstatt der Sache verlangt werden. L. 9 D. h. t.

[5] H. A. v. 1862, S. 293 fg. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 100.

[6] Es genügte:

jegliche Veräußerung (l. 1 §. 2 in den Worten „omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum", l. 2, l. 3 pr. D. h. t.); z. B. auch Herbeiführung der Klagverjährung, des Verlustes einer Servitut durch Nichtgebrauch, des Unterliegens im Proceß (l. 3 §. 1, l. 4 D. h. t.), ferner Dereliction (l. 5 D. h. t.), Erlaß eines Pfandes (l. 18 D. h. t.), einer Schuld, ein se obligare (l. 3 pr. D. h. t.), auch eine Vermiethung oder Verpachtung (l. 8 §. 1 D. de reb. a. j. p. s. v. [42; 5]; l. 1 §. 12 und 13 D. si quid in fraud. patr. f. s. [38; 5]), sowie eine Redhibition (l. 43 §. 7 D. de aed. ed. [21; 1]) u. d. m.;

dagegen nicht: die Ausschlagung eines angebotenen Erwerbes z. B. einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses (l. 6 pr. §. 2—4 D. h. t.); die Nichterfüllung einer Bedingung, bei deren Eintritt der Erwerb gemacht wäre (l. 6 §. 1 D. h. t.); der fideliter, was im Zweifel anzunehmen ist, geschehene Nichtabzug der Falcidischen Quart (l. 20 D. h. t.) und auch wohl nicht die Zulassung einer Ersitzung u. s. w.

sodann daß der Beklagte entweder das Empfangene umsonst erhalten (z. B. durch Schenkung[7], Zahlung einer nicht fälligen Schuld in Ansehung des interusurium, Bestellung einer Dos an die Tochter[8]), oder ebenfalls er selbst oder dessen Vertreter — l. 10 §. 5 D. h. t. — in doloser Absicht[9] gehandelt habe[10], und daß die Veräußerung vor Eröffnung des Concurses geschehen sei.[11]

---

[7] Das Reichsgericht stellt den Schenkungen alle Liberalitätsacte gleich, unter Umständen auch Pfandbestellungen. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 48. Dasselbe ist bei der Nichtgeltendmachung des die Zurückbehaltung der Deckung für sonstige Schulden mitumfassenden s. g. beneficium competentiae gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung eines älteren Schenkungsversprechens anzunehmen. Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, I. Jahrgang (1865), Nr. 8. Vgl. auch l. 25 pr. D. h. t.

[8] L. 25 §. 1 D. h. t. Wie die act. Pauliana gegen die Tochter ungeachtet ihrer bona fides angestellt werden kann, so muß die Klage auch gegen die Frau statthaft sein, wenn nicht ihr Vater, sondern ein Dritter die Dos bestellt hat. Vgl. Bechmann, Das Römische Dotalrecht, 1. Abth. (Erlangen 1863), §. 48 S. 215. — Die Klage gegen den gutgläubigen Erwerber erfordert eine causae cognitio. L. 10 pr. D. h. t. Die in dieser Stelle erwähnte act. in factum ist keine besondere Klage, indem vielmehr die act. Pauliana selbst eine act. in factum ist. L. 10 D. h. t.

[9] Bei der Solution einer fälligen klagbaren Forderung konnte die conscientia fraudis noch nicht eine unredliche Absicht des Gläubigers begründen (l. 6 §. 7 D. h. t.). Sie konnte aber anderweitig vorliegen, z. B. wenn der Gläubiger durch falsche Vorspiegelungen den Schuldner veranlaßt hatte, ihn zu befriedigen oder andere Gläubiger abgehalten hatte, ihre Befriedigung zu erwirken oder zu suchen. Andererseits berechtigte die Solution per gratificationem auch ohne conscientia fraudis in dem einen Fall wegen der nachträglich sich ergebenden fehlenden Legitimation des Zahlenden, welcher Mangel nur durch eine bona fide geschehene Gestion gehoben werden konnte, zur Anfechtung, nämlich dann, wenn, nachdem ein Pupill Erbe des Vaters geworden war, die Vormünder einen Gläubiger befriedigt hatten, darauf aber vom jus abstinendi Gebrauch gemacht war und Concurs ausbrach (l. 24 D. h. t.; l. 6 §. 1 und 2 D. de reb. a. j. p. s. v. [42; 5]; l. 2 D. de separ. [42; 6]).

Bei der Solution einer nicht fälligen Forderung war in Ansehung des Interusuriums conscientia fraudis nicht erforderlich; dagegen in Betreff der Anfechtung der ganzen Solution nothwendig und ausreichend (l. 10 §. 12, l. 17 §. 2 D. h. t.).

Die Solution einer obligatio naturalis konnte in Fällen der conscientia fraudis angefochten werden.

Die Pfandbestellung unterlag ebenfalls der Anfechtung, falls der Gläubiger conscientia fraudis gehabt hatte (l. 10 §. 13, l. 22 D. h. t.; Hasenbalg, Zur Lehre von der actio Pauliana [Berlin 1874], S. 80—93).

Ebenso war es bei der datio in solutum. H. A. v. 1857, S. 224 fg. Busch a. a. O. 32. B. S. 313.

[10] L. 6 §. 11 D. h. t.

[11] Weil sonst Nichtigkeit vorlag. Nach Röm. Recht war aber die venditio bonorum, nicht schon die missio in possessionem entscheidend. Eine Solution nach letzterer war indessen ohne Rücksicht auf Dolus stets anfechtbar. L. 6 §. 7,

e) Der Antrag ging dahin, zu erkennen, daß die angefochtene Veräußerung zu rescindiren und Beklagter schuldig sei, das Empfangene nebst der omnis causa[12] seit dem Empfange, bezw. die Bereicherung, an den Kläger oder die Concursmasse auszuliefern; eventuell das Interesse zu leisten. In Betreff etwaiger Gegenansprüche des Beklagten verweise ich auf §. 110 Note 15 und §. 111 Note 2.

B. Geltendes Recht.[13]

a. Nach der Concursordnung.

1) Kläger ist der Concursverwalter[14], der sich zum Proceß als Vertreter der Concursmasse zu legitimiren hat.

2) Beklagter ist derjenige, an welchen veräußert ist[15], wenn er die Sache auch nicht mehr besitzt, z. B. weiterveräußert hat.

„Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben[16] statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

2. wenn er zu den im §. 24 Nr. 2" (der K. O.) „genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte".[17]

---

l. 10 §. 16 D. h. t. — Die Klage war im Uebrigen „nicht durch Verkauf unter dem wahren Werthe bedingt". Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 197. H. A. v. 1857, S. 1.

[12] L. 10 §. 19 D. h. t.

[13] Die unter A angegebenen Grundsätze gelten auch noch jetzt, soweit sie nicht nach der aufgestellten Regel: „Lex posterior derogat legi priori" beseitigt sind.

[14] K. O. §. 29. Wenn das Concursverfahren durch Zwangsvergleich oder anderweitig beendet ist, hat der Gemeinschuldner nicht das Recht, eine vom Concursverwalter erhobene Anfechtungsklage fortzusetzen. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 11.

[15] Die Bestimmung des Röm. Rechts über die Haftung auch des Schuldners ist als beseitigt zu betrachten.

[16] Er haftet nicht blos bis zum Belaufe der Erbschaft. Nach Röm. Recht haftete er nur, soweit an ihn etwas gelangt oder dolo malo das Gegentheil bewirkt war. L. 10 §. 25, l. 11 D. h. t. Einen inneren Grund für die jetzt weitergehende Haftung des Erben kann ich nicht ermitteln.

[17] K. O. §. 33. Es ist zu beachten, daß im §. 33 steht „bekannt war"; aber nicht „bekannt war oder hätte bekannt sein müssen", wie z. B. dem Sinne nach im H. G. B. Art. 46.

3) „Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.“[18]

4) Der Grund der Klage kann ein verschiedener sein.

„Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.“[19]

„Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung[20] oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war[21]; sowie die nach der Zahlungs-

---

[18] K. O. §. 30. Die Ausdrücke „veräußert, weggegeben oder aufgegeben“ sind so allgemein, daß sie sowohl auf den obligatorischen Vertrag oder die Tradition, als auf beides zusammen zu beziehen sind. Auch die Gewährung eines bloßen Retentionsrechts ist ausreichend. Endemann a. a. O. §. 99 Note 20. — In Betreff des Vorhandenseins einer Bereicherung kommt es auf die Zeit der Zustellung der Anfechtungsklage oder der Geltendmachung der Anfechtungseinrede an. Mot. zu §§. 30—32. Eine vorher weggefallene Bereicherung kommt zu Gunsten des gutgläubigen Empfängers nicht in Betracht, er möchte denn vor dem Wegfall in bösen Glauben versetzt sein; dagegen muß er für eine nach der Zustellung oder Geltendmachung weggefallene Bereicherung haften, er möchte denn einen Zufall in Ansehung nicht vertretbarer Sachen nachweisen können.

[19] K. O. §. 22. Ueber den Begriff der Rechtshandlungen s. Mot. zur K. O. S. 114—117 und Note 22.

[20] Die Leistung einzelner Zahlungen hebt den Begriff der Zahlungseinstellung im Allgemeinen noch nicht auf. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 25. „Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung“ (in Folge Zwangsvergleichs) „bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens“ (auf Antrag eines Konkursgläubigers auf Grund rechtskräftiger Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts) „vorgenommen sind, — — — — gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils“. K. O. §. 185.

[21] Es genügt die Kenntniß desjenigen, welcher als Stellvertreter des anderen Theils das Geschäft einging, z. B. als Proceßbevollmächtigter. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 12. — „Eine trotz Kenntniß der Zahlungseinstellung von einem Schuldner des Kridars an diesen vorgenommene Leistung“ ist nicht anfechtbar. Mot. zur K. O. S. 121.

einstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen[22], welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;

2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war."[23]

Ferner sind anfechtbar:

1. „Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat[24];
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

---

[22] Dahin gehören auch Zahlungen fälliger klagbarer Forderungen. Es gehören dahin ferner auch vom Gläubiger erzwungene Leistungen, z. B. durch Arrestanlegung erwirkte Sicherheitsleistungen. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 101 und 4. B. Nr. 129. Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 213—215. Mot. zur K. O. S. 119—121. K. O. §. 28. Vgl. auch Beisert, Ueber anfechtbare Veräußerungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte zahlungsunfähiger Schuldner, in Gruchot's Beiträgen, X. Jahrgang (Berlin 1866), S. 1—59. Anders nach Röm. Recht. L. 6 §. 6 und 7 D. h. t.

[23] K. O. §. 23. Man beachte die rechtliche Vermuthung des Dolus am Schluß des §. 23. Vgl. Mot. zur K. O. S. 105. —

[24] Vgl. unten Note 32. Wenn der Gemeinschuldner eine ihm deferirte Erbschaft vom Universalfideicommissar gezwungen angetreten und dann letzterem restituirt hat, kann nie von solcher dolosen Absicht die Rede sein. L. 67 §. 1 D. ad S. C. Treb. (36; 1). — Der Dolus und die conscientia fraudis können sehr wohl vorliegen, wenn auch ein gleichwerther Gegenstand gegeben ist. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 90. Wenn aber dieser gleichwerthe Gegenstand noch geschuldet wird, so könnte wegen der Anwendbarkeit der betreffenden Klage, etwa der actio venditi auf Zahlung des Pretiums, selbst im Fall eines Dolus und einer conscientia fraudis, nicht von einer Anfechtungsklage die Rede sein. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 25. In Ansehung des Dolus und der conscientia fraudis wird oft von Betrug, betrüglicher Absicht u. d. m. (auch in den Mot. zur K. O.) gesprochen. Da indessen von einem Betruge im Sinne des St. G. B. §. 263 gar keine Rede sein kann, so wäre es zur Vermeidung von Irrthümern wohl richtiger, jene Ausdrücke zu vermeiden. Im C. J. Civ. ist auch nicht von einem stellionatus, sondern nur von einer fraus und einem dolus die Rede.

mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,

mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war."[25]

Endlich sind anfechtbar:

„1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;

2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zur Sicherstellung oder Rückgewähr durch Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war."[26]

Es sind nun in der Klage die unter 1—4 angegebenen Punkte, soweit sie in dem vorliegenden Falle in Betracht kommen, hervorzuheben und ist daran

5) der den Angaben zu 3 entsprechende, bestimmte Antrag zu knüpfen. Vgl. oben §. 110 Note 15, §. 111 Note 2 und §. 282 unter A zu e.

b. Nach dem Reichsgesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens, vom 21. Juli 1879.

Diese Anfechtungsklage erfordert zu ihrer Begründung Folgendes:

1) In Ansehung des Klägers dessen Legitimation.

„Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern

---

[25] K. O. §. 24.

[26] K. O. §. 25. Zu den unentgeltlichen Verfügungen gehören nicht freiwillige Pfandbestellungen. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 22. Mot. zur K. O. S. 123. — Man beachte es, daß nach dem §. 25 auf die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, und eine conscientia fraudis Nichts ankommt. Vgl. die Mot. zu §. 25.

die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde."[27]

2) Bezüglich des Beklagten gilt das zu B unter a 2 Bemerkte.[28] Natürlich tritt an die Stelle des dort unter 1 erwähnten Gemeinschuldners hier der Schuldner.

3) Was den Gegenstand anbetrifft, so kann der Gläubiger „soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist."[29]

Der Klagantrag hat „bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll".[30]

Ueberdies ist aber vom Kläger darzulegen, daß das Beanspruchte zu seiner Befriedigung erforderlich sei.[31]

„Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urtheil (Civilprozeßordnung §§. 502, 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig und vorbehaltlos wird."[32]

4) Was den Grund der Klage anbetrifft, so stimmt derselbe mit den unter a 4 zuletzt genannten vier Gründen, die im §. 24 und §. 25 der K. O. aufgeführt sind, überein, jedoch so, daß das, was dort vom Gemeinschuldner und von der Concurseröffnung gesagt ist, hier vom Schuldner und von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs gilt.[33]

---

[27] Gesetz vom 21. Juli 1879 §. 2.

[28] Daselbst §. 9 und 11.
Ueber die Nichthaftung des Schuldners s. auch Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 162.

[29] Daselbst §. 7.

[30] Daselbst §. 9. Die Vorschrift des §. 9 ist durch den §. 13 des E. G. zur C. P. O. nicht aufgehoben; gilt nicht bei einer Anfechtungsklage im Concurse; läßt die Anwendbarkeit des §. 231 der C. P. O. nicht zu, und gestattet auch nicht eine Klage auf Rückgewähr gleich nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils, unter Vorbehalt einer Liquidation. Vgl. oben §. 17 Note 8 und Mot. zur K. O. S. 112 und 113.

[31] Daselbst §. 7.

[32] Daselbst §. 10.

[33] Daselbst §. 3 Nr. 1—4. Unter die Rechtshandlungen des §. 3 Nr. 1 fällt auch eine Hingabe an Zahlungsstatt. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 11. In Betreff der unentgeltlichen Verfügungen vgl. oben Note 26.

Ueberdies kommt auch eintretendenfalls das in Betracht, was sogleich unter 5b bemerkt werden wird.

5) Die Klage erfordert sodann noch die Angabe, daß es sich um eine Anfechtung außerhalb des Concursverfahrens handle. Hierbei sind 3 Fälle möglich:

a) Es ist gar kein Concursverfahren eingeleitet, für welchen Fall die vorstehenden Grundsätze vollständig zur Anwendung kommen.

b) Das Concursverfahren ist beendigt, in welchem Falle Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Concursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe des Gesetzes vom 21. Juli 1879 verfolgt werden können, „soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind". Die Gründe der Anfechtung sind in diesem Falle die unter a4 genannten sechs, also nicht blos die soeben unter 4 bezeichneten vier Gründe. „War der Anspruch nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im §. 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablauf eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt." [34]

c) „Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maßgabe" (des Gesetzes vom 21. Juli 1879) „angefochten werden". [35]

Hierbei kann es wiederum nur auf die 4 Gründe des §. 3 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 ankommen.

6) Der erforderliche bestimmte Antrag ist der gewöhnliche.

§. 283.

XX. Interdictum fraudatorium. [1]

Dieses interdictum adipiscendae possessionis ist nach denselben Grundsätzen, wie die actio Pauliana, zu beurtheilen. [2] Nur handelt es sich dabei blos um die Erlangung des Besitzes. Wenn dieser nicht mehr möglich sein sollte, ist das Interdict auch nicht anwendbar.

Es genügt Bescheinigung. Das rechtskräftige Urtheil begründet nicht die exceptio rei judicatae gegen die actio Pauliana oder die petitorische Klage des Besiegten auf Rückgabe.

---

[34] Daselbst §. 13 Abs. 4.

[35] Daselbst §. 13 Abs. 5.

[1] L. 67 §. 1 D. ad S. C. Treb. (36; 1). L. 96 pr. D. de sol. et lib. (46; 3).

[2] Vgl. Windscheid a. a. O. §. 463 Note 1.

Das materielle interdictum fraudatorium ist jetzt neben der Paulianischen[3] Klage aus der K. O. oder dem Gesetz vom 21. Juli 1879 nach dem Satze: „Posteriores leges ad priores pertinent" für anwendbar zu halten und gewährt den Vortheil größerer Schleunigkeit des Verfahrens.

§. 284.
XXI. Actio doli.

Bei dieser prätorischen Klage muß Kläger geltend machen, daß

1) er

2) von Seiten des Beklagten oder dessen Vertreters[1]

3) einen genauer anzugebenden, nicht unerheblichen[2a] Vermögensnachtheil, welcher bei einem s. g. dolus causam dans in Eingehung des Geschäfts, welches demnach zu rescindiren ist, und in Erleidung eines sonstigen Schadens, beim s. g. dolus incidens nur in der letzteren bestehen kann[2b],

4) dadurch erlitten habe, daß Beklagter oder sein Vertreter eine näher anzugebende[3] absichtlich[4] widerrechtliche Handlung, wenn auch ohne Rücksicht auf den Kläger, begangen habe[5] und daß von ihm gegen den Be-

---

[3] Der Ausdruck „Paulianische Klage", scheint mir, muß beibehalten werden. Anfechtungsklage wäre nicht genügend bezeichnend, da es viele verschiedene Anfechtungsklagen gibt. Selbst im Concurse können solche vorkommen, z. B. wegen s. g. laesio enormis.

[1] L. 15 D. de dolo malo (4; 3). Ascendenten können propter paternam verecundiam nur mit einer schon nach Röm. Recht nicht infamirenden act. in factum belangt werden. C. 5 C. de dolo malo (2; 20). L. 11 §. 1 D. h. t.

[2a] Nach Röm. Recht sollte es sich um mehr als 2 aurei handeln (l. 9 §. 5, l. 10, l. 11 pr. D. h. t.). Bei einem geringeren Betrage ist die act. in factum für anwendbar zu halten.

[2b] Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 6 und 177.

Die Ansicht (z. B. von Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. B. Abth. 2 [Göttingen 1839], §. 603 a. E.), daß die act. in factum, welche die act. doli vertrete, immer nur auf so viel, als der Beklagte bereichert sei, gehe, ist zu verwerfen. Z. B. in den Fällen der vorstehenden Noten 1 und 2 würde sie keineswegs auf die Bereicherung beschränkt sein.

[3] L. 16 D. h. t.

[4] Es braucht freilich nicht eine Beschädigung, noch weniger eine solche des Klägers beabsichtigt zu sein. S. §. 264 Note 3; Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, I. Jahrgang (1865), Nr. 7, und v. Ihering, Vermischte Schriften (Leipzig 1879), S. 284. Dagegen ist andererseits doch auch nicht jedes „wissentliche Vorbringen einer Unwahrheit" eine absichtliche Widerrechtlichkeit. Vgl. Matthiae a. a. O. I. 1. S. 16.

[5] Der Umstand, daß Jemand bei einer Licitation oder Auction Kaufliebhaber vom Bieten abgehalten oder daß Jemand einem Contrahenten seine bedenkliche Vermögenslage, über welche der andere Contrahent eine Aufklärung nicht verlangte, verschwiegen hat, ist an sich noch kein Dolus. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 117.

klagten oder einen Dritten[6] kein anderes ausreichendes[7] Rechtsmittel (Klage, wenn auch nur Noxalklage[8] oder Einrede[9]) unzweifelhaft[10] geltend gemacht werden könne.[11] Dahin gehört auch eine in integrum

An und für sich liegt ein solcher auch nicht in der etwa statthaften, den Empfänger benachtheiligenden Zurücknahme einer Offerte zu einem Vertrage. Besondere Umstände können einen Dolus dabei ergeben; und, da mit Grund nicht von einer verpflichtenden, eine Contractsklage zulassenden s. g. culpa in contrahendo (a. M. Ihering in seinen Jahrbüchern 4. B. Heft 1 S. 1—112, unter Berufung auf l. 62 §. 1 D. de contr. emt. [18; 1]; §. 5 J. de emt. et vend. [3; 23]; l. 8 §. 1 D. de rel. [11; 7]; l. 8 und 9 D. de her. v. act. vend. [19; 4]; l. 21 §. 2 D. de act. emt. et vend. [19; 1]; — indessen im Widerspruch damit, daß kein gültiger Contract existirt; im Allgemeinen, also abgesehen von einzelnen besonderen nicht zur Aufstellung einer allgemeinen Regel genügenden Fällen, auch kein Bedürfniß vorliegt, weitere Klagen, als die freilich ein damnum corpori datum erfordernde actio legis Aquiliae und die nicht auch bei bloßer culpa lata anwendbare act. doli, einzuführen — vgl. u. A. l. 57 und 58 D. de contr. emt. [18; 1] und Gruchot, Beiträge, X. Jahrgang [Berlin 1866], S. 149—231 —) oder einem stillschweigenden Garantievertrage oder einer injuria oder einem Mandat gesprochen werden kann, die subsidiäre act. doli rechtfertigen. Vgl. Hesse im A. f. d. c. P. 61. B. S. 259 fg. Ferner ist es kein Dolus, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache übermäßig angepriesen hat. Ebensowenig liegt darin ein Dolus, daß bei Verträgen die Contrahenten, sofern jeder von ihnen nur sein eigenes Interesse wahrzunehmen hat, wie der Verkäufer oder Käufer, Vermiether oder Miether, im Gegensatz gegen den Mandatar, negotiorum gestor u. s. w., einander übervortheilen, in dem se circumscribere oder circumvenire. L. 22 §. 3 D. loc. cond. (19; 2). L. 16 §. 4 D. de min. (4; 4). Demnach auch nicht darin, daß der über den wahren Werth der verkauften Sache unterrichtete Verkäufer dem unkundigen Käufer solchen verschwiegen und ihm die Sache zu theuer verkauft hat. L. 16 §. 4 D. de min. (4; 4). C. 10 C. de resc. vend. (4; 44). Vgl. andererseits l. 44 §. 3 D. de furtis (47; 2). Die misericordia als Motiv der Handlung führt nur zu einer act. in factum (l. 7 §. 7 D. h. t.), welche aufs Ganze geht und nicht in 2 Jahren verjährt.

[6] L. 4 und 5 D. h. t.

[7] Im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Dritten ist das Rechtsmittel nicht ausreichend (l. 7 §. 9 D. h. t.).

[8] Auch die erfolgte ungenügende noxae deditio begründet nicht die act. doli auf den Rest. L. 7 §. 6 D. h. t.

[9] L. 1 §. 4 D. h. t.

[10] L. 7 §. 3 D. h. t.

[11] Beklagter kann excipiren, daß Kläger ein anderes Rechtsmittel gehabt, aber durch seine Schuld verloren habe. L. 1 §. 6 und 7 D. h. t. Der Grund der Subsidiarität, die Infamie, fällt jetzt freilich fort, damit aber nicht die Subsidiarität. Denn der aufgestellte Satz: „Cessante ratione legis, cessat ipsa lex" ist verkehrt; auch könnte eine act. doli jetzt noch leicht eine s. g. infamia facti nach sich ziehen. Vgl. l. 2 pr. D. de obs. par. e. p. p. (37; 15) und l. 4 §. 16 D. de doli mali — exc. (44; 4). Windscheid a. a. O. §. 451 Note 10 hält die Klage nicht mehr für subsidiär; ebenso Wächter, Pandekten, II. (Leipzig 1881), §. 217, u. A. Vgl. auch Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 142 und Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, VII. Jahrgänge (1871 und 1872), S. 44 fg.

restitutio wegen absentia und minor aetas[12], nicht eine solche wegen Dolus.

In Contractsverhältnissen ist wegen der Subsidiarität der actio doli diese, soweit die Contractsklage anwendbar ist, ausgeschlossen.[13]

Auch ist zu behaupten, daß Beklagter im Fall des Dolus seines Vertreters um das Beanspruchte bereichert sei oder es ist ein Grund einer weiter gehenden Haftung darzulegen.[14]

Im Uebrigen muß beachtet werden, daß die actio doli (nicht auch die actio in factum[15]) generell eine justa causa und eine causae cognitio erfordert.[16] Mithin hat Kläger jene darzulegen. Die justa causa hat die Bedeutung, daß bei einem Gegenstande nicht über 2 aurei, ferner gegen Ascendenten, im Fall der misericordia und der Anwendbarkeit eines anderen Rechtsmittels die actio doli ausgeschlossen und statt derselben der Regel nach eine actio in factum gegeben werden soll.

5) Der Antrag geht dahin, den angefochtenen Rechtsact zu rescindiren, bezw. Schadensersatz zu leisten oder die Bereicherung herauszugeben.

Nach einem biennium continuum seit Begehung der dolosen Handlung findet die Klage nur noch als actio in factum auf die Bereicherung hin Statt.[17] In der Klage braucht hierüber nichts bemerkt zu werden. Wird die Einrede der 2jährigen Klagverjährung vorgeschützt, so müßte Kläger in der Replik behaupten, daß Beklagter um den eingeklagten Betrag bereichert sei.[18]

---

[12] L. 1 §. 6 D. h. t.

[13] L. 6 §. 8 D. de act. emti et vend. (19; 1).

[14] L. 15 §. 2 D. h. t. S. oben §. 15 unter I zu 3 G.

[15] L. 30 D. h. t.

[16] L. 1 §. 1, l. 9 §. 5—l. 15 D. h. t. C. 2 C. h. t.

[17] L. 28 D. h. t.

[18] Die act. doli wird beispielsweise für anwendbar erklärt:

1) wenn Jemand einem Anderen umsonst erlaubt hat, auf seinem Grundstück zu säen und zu ärndten, dann aber die Früchte nicht will wegnehmen lassen — l. 16 §. 1 D. de praesc. verb. (19; 5) —;

2) wenn der Procurator mit dem Beklagten colludirt hat, jener aber zahlungsunfähig ist — l. 8 §. 1 D. mand. v. contra (17; 1); l. 7 §. 9 D. h. t.; vgl. auch l. 7 §. 6 D. pro emt. (41; 4) —;

3) wenn Jemand durch Gräbereien auf seinem Grundstück dem Nachbar Wasser entzieht, nicht in der Absicht, sein Grundstück zu verbessern, sondern nur um jenem zu schaden — l. 1 §. 12 D. de aq. et aq. pluv. arc. (39; 3) —;

4) wenn der Beschenkte auf die ihm geschenkte fremde, später evincirte Sache erhebliche Verwendungen gemacht und der Schenker sich eines Dolus schuldig gemacht hat — l. 18 §. 3 D. de don. (39; 5) — oder wegen eines sonstigen Interesses im Fall eines Dolus;

Eine Art der actio doli ist die in der durch Gesetz vom 17. Juli 1878 abgeänderten G. O. §. 125 erwähnte Klage. Danach ist ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen[19] verleitet, vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, dem früheren Arbeitgeber für den dadurch entstehenden Schaden als Selbstschuldner mitverhaftet. In gleicher Weise haftet ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen annimmt oder behält, von dem er weiß, daß derselbe einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist. — In diesem Falle ist aber die actio doli weder subsidiär, noch der zweijährigen Verjährungszeit unterworfen.

Schließlich muß mit Rücksicht darauf, daß es viele Hauskinder

---

5) wenn ein Gerichtsvollzieher eine gepfändete Sache doloser Weise für einen zu geringen Preis verkauft hat, so daß er dem bisherigen Eigenthümer (sofern nicht der Gläubiger ein näheres Interesse hat und geltend machen will) haftet — l. 50 D. de ev. (21; 2) —;

6) anstatt der actio quod metus causa gegen den, welcher gedroht hat — l. 14 §. 13 D. quod met. causa (4; 2) —;

7) wenn Jemand den Empfänger eines Darlehns ex magna et evidenti calliditate als idoneus bezeichnet hat — l. 7 §. 10, l. 8 D. h. t. —;

8) wenn ein Anderer, als der Schuldner, mag er auch Bürge (fidejussor) sein, den geschuldeten Gegenstand doloser Weise vernichtet hat, indem der Schuldner (und folgeweise auch der Bürge) befreit wird und deshalb der Thäter vom Gläubiger mit der act. doli belangt werden kann — l. 18 §. 5, l. 19 D. h. t. —; wobei jedoch zu beachten ist, daß nach neuerem Röm. Recht der Bürge als Thäter nicht befreit wird — l. 88, l. 91 §. 4 D. de V. O. (45; 1) —;

9) im Falle eines dolosen consilium — l. 47 D. de R. J. (50; 17) —;

10) wenn ein Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks wegen der gemeinsamen Servitut die actio confessoria angestellt hat, sed per collusionem cessit litem adversario — l. 19 D. quemadm. serv. vind. (8; 5) —, so daß dann, etwa wegen Zahlungsunfähigkeit des Miteigenthümers und daher Erfolglosigkeit einer Klage gegen diesen, die act. doli wider den Gegner anwendbar sein würde.

Zu diesen Fällen will ich noch, ohne daß mir der Fall in meiner Praxis gerade vorgekommen wäre, den einer ohne Grund verweigerten eidlichen, bezw. nicht eidlichen Zeugenaussage in einer Civil- oder Strafsache hinzufügen. Die Darlegung und der Beweis des ursachlichen Zusammenhangs zwischen der Weigerung und dem Schaden werden dabei meistens mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Im Uebrigen dürfen im Allgemeinen in Betreff der Substantiirung und des Nachweises der Causalität nicht übertriebene Anforderungen gestellt werden. Das Außerordentliche braucht Kläger dabei nicht zu berücksichtigen. Vielmehr wäre es dem gegenüber Sache des Beklagten, einzuwenden, daß in Folge besonderer Umstände auch ohne Dolus der Schaden eingetreten sein würde. Diese allgemeinen Regeln müssen zu Gunsten des Klägers gerade vorzugsweise bei der act. doli wegen des Dolus des Beklagten zur Anwendung kommen. S. auch v. Ihering's Vermischte Schriften (Leipzig 1879), S. 324 fg.

[19] Bezüglich der Lehrlinge vgl. G. O. §§. 132—133.

gibt, die von Dritten zu schlechten Dingen verleitet werden, daß dadurch den Hausvätern oft große Schäden entstehen, mithin die Sache auch praktisch ist, noch einer diesen Fall betreffenden besonderen, mithin von der actio doli verschiedenen Klage wegen Dolus erwähnt werden. Hat nämlich Jemand dadurch einen Schaden erlitten, daß ein Anderer das Hauskind [20] jenes dolose [21], wenn auch unbekannt damit, daß es ein Hauskind sei [22], schlechter gemacht, d. i. zu schlechten Dingen verleitet oder in solchen bestärkt [23], so steht dem Hausvater gegen den Thäter die actio servi corrupti utilis auf das nach richterlichem Ermessen festzusetzende Interesse [24] zu. Diese nicht subsidiäre Klage ist noch anwendbar [25] und reicht auch weiter, als die subsidiäre actio doli, indem sie 30 Jahre lang auf das ganze Interesse gerichtet werden kann [26]; während sie jedoch gegen die Erben gar nicht anwendbar ist. [27]

Die Begründung der actio doli im Fall der G. O. §. 125 und der actio servi corrupti utilis dürfte zu keinen besonderen Bemerkungen Anlaß geben.

Die Unterschiede der actio doli von der actio quod metus causa ergeben sich im Allgemeinen von selbst aus den §§. 281 und 284. In dieser Beziehung weise ich nur noch darauf hin, daß die der absoluten vis so nahe stehende Drohung einen stärkeren Eingriff in die allgemeine Rechtsordnung enthält, als ein Dolus bei der actio doli, zumal da letzterer nicht einmal gegen den Verletzten gerichtet zu sein braucht; daß somit die Eigenschaft der einen Klage als in rem scripta, im Gegensatz gegen die rein persönliche Natur der anderen, erklärlich ist; daß deshalb auch die actio quod metus causa früher, als die actio doli, eingeführt worden, und daher wohl in Justinian's Pandekten (4; 2) der actio doli (4; 3) vorangestellt ist.

Bevor ich diesen Paragraphen schließe, kann ich nicht umhin, noch auf einen Punkt aufmerksam zu machen, nämlich den Gebrauch des Ausdrucks „actio doli".

---

[20] L. 14 §. 1 D. de servo corrupto (11; 3) in den Worten „De filio filiave familias" und „sed utilis competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi". Soweit nach Röm. Recht die Aestimation das Interesse übersteigen durfte, also die Klage auf eine Privatstrafe ging, ist sie nicht mehr anwendbar.

[21] L. 1 pr. D. eod. l.

[22] L. 5 §. 1 D. eod. l.

[23] L. 1 §. 4 D. eod. l.

[24] L. 10, l. 14 §. 1 D. eod. l.

[25] Vgl. Arndts a. a. O. §. 337.

[26] L. 13 pr. D. eod. l.

[27] L. 13 pr. D. eod. l.

Ich habe mich bisher dieses Ausdrucks bedient, weil er üblich und der kürzeste und doch auch quellenmäßig (c. 8 C. h. t.) ist, und werde ihn daher auch ferner gebrauchen. Eigentlich aber müßte es heißen: „de dolo actio oder de dolo malo actio oder de dolo judicium oder de dolo malo judicium oder actio de dolo". Denn diese Ausdrücke, namentlich der erste, sind die im C. J. Civ. beinahe ausschließlich vorkommenden (vgl. fast jeden Paragraphen im tit. D. de dolo malo, fast jede const. im tit. C. de dolo malo und die Citate der Note 18). Diese Ausdrücke sind an und für sich auch bezeichnender, als der Ausdruck „actio doli". Es wird dabei (mag man de durch „aus oder wegen oder in Betreff" übersetzen) der Grund der Klage mehr betont; ganz mit Recht, weil überhaupt bei jeder Klage der Grund derselben die Hauptsache ist. Da sich dieses aber ohnehin, insbesondere von meinem Standpunkt aus, von selbst versteht, so habe ich doch keine genügende Veranlassung gehabt, den kürzeren Ausdruck „actio doli" zu verlassen.

---

b. Obligationen wegen Culpa des Schuldners.[1]

§. 285.

I. Actio legis Aquiliae.

Nach heutigem Rechte sind zur Begründung dieser Klage (die meistens legis Aquiliae actio oder Aquiliae actio, selten actio legis Aquiliae oder actio damni injuriae genannt wird) folgende Angaben zu machen:

1) Kläger habe unmittelbar als Eigenthümer oder Inhaber eines jus in re[2] ein Interesse[3] daran, daß die schädliche Handlung nicht begangen sei, oder er sei bei der Verletzung von Personen[4] unmittelbar interessirt,

---

[1] Vgl. auch unten §§. 307 und 316 zu 2 und 3.

[2] Die Klage des gutgläubigen Besitzers und Pfandgläubigers ist eine act. in factum; die des Fructuars oder Usuars und Servitutberechtigten eine act. utilis. Einem blos persönlich Berechtigten, wie dem Commodatar, steht (zum Unterschiede von der actio de pauperie) die Klage nicht zu. Jedoch hat bei Beschädigung von ungetrennten Früchten der persönlich Berechtigte, dem die Früchte zufallen sollen, z. B. der Pächter, die Klage. L. 11 §. 6—10, l. 12—20, l. 27 §. 14 und 32 D. ad legem Aquiliam (9; 2). L. 7 §. 4 und 5 D. de dolo malo (4; 3). L. 17 §. 3 D. de usufr., e. q. q. u. f. (7; 1). Einige geben die Klage jedem persönlich Berechtigten; noch Andere verlangen zur Activlegitimation überhaupt nur ein Interesse. Vgl. Matthiae a. a. O. I. 1. S. 89.

[3] Bei der Verpfändung hat der Pfandgläubiger nur im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder des Verlustes der Klage gegen denselben ein Interesse und dann die act. legis Aquiliae bis zum Belaufe seiner Forderung, während sie in Betreff des Ueberschusses dem Schuldner zusteht. L. 30 §. 1 D. h. t.

[4] Die Klage ist dann eine act. utilis. L. 13 pr. D. h. t. Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 86, 7. B. Nr. 44 und l. 5 §. 3, l. 7 pr. D. h. t.

wie es der Verletzte selbst ist oder die Angehörigen eines Getödteten oder Beschädigten in Betreff der diesem bisher obliegenden und durch seinen Tod oder seine Verletzung ihnen (der Frau, den Kindern, den Aeltern) ganz oder zum Theil entzogenen Unterstützung es sind.

2) Beklagter sei der Verletzer[5], wenn er auch sogar Eigenthümer[6] oder Miteigenthümer neben dem Kläger[7] sein sollte, einerlei ob er allein oder mit Anderen oder durch Andere für sich gehandelt hat.[8]

Mehrere Mitschuldige haften der Regel entsprechend solidarisch, unter Ausschluß der Rechtswohlthat der Theilung und der Vorausklage.

3) Kläger habe einen genau zu specificirenden Schaden[9] erlitten. Dieser Schaden kann bei Körperverletzungen eines Menschen außer Heilungskosten und Entschädigung für verringerte Erwerbsfähigkeit[10], jetzt auch ein Schmerzensgeld[11] sein und in dem Verluste der Schönheit bestehen. Es kommt gegenwärtig immer auf den Werth mit Rücksicht auf die Zeit

---

[5] Hat ein Wahnsinniger, ein Kind oder ein impubes den Schaden angerichtet, so haftet der Vormund, sofern ihm in Ansehung der Beaufsichtigung eine Culpa zur Last fällt. Wenn der impubes injuriae (d. h. hier culpae) capax ist, haftet er. L. 5 §. 2 D. h. t. L. 23 D. de furtis (47; 2) in den Worten „cum impubere culpae capace Aquilia agi posse".

[6] L. 12, l. 17 pr. D. h. t. Die l. 17 pr. gibt auch dem gutgläubigen Besitzer gegen den Eigenthümer ein Klagerecht. Es müßte dann aber doch die exceptio dominii durch die Replik entkräftet werden können, daß Kläger dessenungeachtet einen Schaden erlitten oder ein rechtliches Interesse habe, etwa mit Rücksicht auf eine statthafte replicatio rei venditae et traditae oder eine wegen zu erstattender Verwendungen anwendbare replicatio doli u. d. m.

[7] L. 19 D. h. t.

[8] L. 37 pr. D. h. t. Wer das Ganze gezahlt hat, wird jetzt, mit Ausnahme des Falles eines Dolus, eine act. utilis als Regreßklage pro parte gegen den Mitschuldigen anstellen können. Vgl. l. 1 §. 13 und 14 D. de tut. — act. (27; 3); l. 4 D. de his, qui eff. v. dej. (9; 3); v. Savigny, Obligationenrecht (Berlin 1851), S. 258. Zahlung des einen Mitschuldigen befreit den anderen. Der Erbe haftet der Regel gemäß, soweit durch das Vergehen an ihn etwas gelangt oder dolo malo nicht gelangt war, jetzt soweit die Erbschaft reicht.

[9] Das volle Interesse ist zu ersetzen. L. 21 §. 2, l. 22 D. h. t.

[10] L. 7 pr. D. h. t.

L. 7 D. de his, qui eff. v. dej. (9; 3).

[11] P. G. O. Art. XX. Das Schmerzensgeld ist Schadensersatz, nicht Privatstrafe. Der Schaden besteht darin, daß in Folge der Schmerzen die Erwerbsfähigkeit verringert oder doch der herrschenden Ansicht nach die Schmerzlosigkeit ein nicht rechtloses Gut ist. Eine genaue Specification und Substantiirung ist dabei oft nicht möglich. Der Betrag des Schmerzensgeldes ist vom Richter den Umständen nach ex bono et aequo zu bestimmen. Ein Dolus von Seiten des Verletzers ist nicht nothwendig; eine Concurrenz neben einer öffentlichen Strafe möglich; der active Uebergang auf die Erben des Verletzten anzunehmen. Vgl. auch Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 3 fg.

der erlittenen Beschädigung an. Nach Römischem Recht konnte bei der Tödtung von Sklaven oder vierfüßigem Vieh der höchste Werth während des letzten Jahres, bei anderer Beschädigung während der letzten 30 Tage verlangt werden. Dies gilt nicht mehr; auch nicht in Ansehung des Beweises des Werthes.[12]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter durch eine näher anzugebende, unmittelbar oder mittelbar[13] positive, wenn auch auf oder an einem eigenen Grundstück vorgenommene[14] Handlung[15], welcher eine nachträgliche Genehmigung von Seiten des ohne Auftrag Vertretenen gleichgestellt werden muß[16], sei es außer oder in Contracts- oder Quasicontractsverhältnissen[17], dolo oder culpa lata oder culpa levi[18], welches Verschulden genauer darzulegen ist, eine genau zu bezeichnende körperliche Sache mit Einschluß der Thiere oder den Körper einer Per-

---

[12] A. M. rücksichtlich dieses Beweises Puchta, Pandekten, §. 388 Note g und Arndts a. a. O. §. 324.

[13] Die Klage ist dann eine act. in factum — l. 7 §. 3 und 6, l. 9 pr. §. 2 und 3, l. 11 §. 1 und 5, l. 27 §. 10, l. 29 §. 5 und 7, l. 49 pr. D. h. t.; l. 1 §. 7 D. si quadr. paup. fec. dic. (9; 1) — oder eine act. utilis — l. 27 §. 9 D. h. t. — S. auch Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 237.

[14] L. 30 §. 3 D. h. t.

[15] L. 13 §. 2 D. de usufr., e. q. q. u. f. (7; 1). In der Anschaffung von Tauben in Verbindung damit, daß man sie frei herumfliegen läßt, oder in der Geltendmachung eines Jagdrechts liegt eine mittelbar positive Handlung. Es würde daher, sofern dadurch benachbarte Felder beschädigt oder Wildschäden angerichtet werden, wenn nur die sonstigen Erfordernisse der act. legis Aquiliae vorliegen, insbesondere eine Culpa, diese Klage benutzt werden können. In der l. 13 §. 2 D. h. t. erscheint die Bewachung als positive Handlung. Vgl. auch E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 116 und Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 237.

[16] L. 1 §. 14 D. de vi (43; 16). S. auch unten §. 307 Note 1.

[17] L. 16 §. 5 D. fam. erc. (10; 2). Das contractliche oder quasicontractliche Verhältniß kann eine Aquilische Culpa unter Umständen leichter oder schwerer (Busch a. a. O. 32. B. S. 312) eintreten lassen. Vgl. auch l. 54 §. 2 D. de acq. rer. dom. (41; 1).

[18] L. 5 §. 1, l. 8 D. h. t. Ueber das Vorhandensein der culpa levis namentlich kann leicht eine verschiedene Meinung sich geltend machen. Dabei ist der Satz des Röm. Rechts (l. 44 pr. D. h. t.): „In lege Aquilia et levissima culpa venit" zu beachten. Liegt ein Zufall vor, so ist die act. legis Aquiliae nicht anwendbar. Dahin gehören rücksichtlich des Staats auch Kriegsschäden, wenn sie auch bei einem Kriege gegen Hochverräther durch Excesse der Soldaten des Staats veranlaßt sein sollten. Imperitia und infirmitas begründen eine Culpa, wenn man sich für erfahren oder stark ausgegeben hat (§. 7 und 8 J. de lege Aquilia (4; 3); l. 8 D. h. t.); desgl. die nimia saevitia des Präceptors (l. 6 D. h. t.), und übermäßiger Diensteifer; das Sicheinmischen in fremde Angelegenheiten ohne Grund (l. 36 D. de R. J. [50; 17]), und unzeitiger Schlaf (l. 27 §. 9 D. h. t.). Ferner kann eine Culpa liegen in dem Mangel einer Anzeige (l. 13 §. 7 D. loc. cond. [19; 2]), in der Nichtleistung eines Widerstandes (daselbst), in dem Mangel hinlänglicher Vorsichtsmaßregeln in Ansehung des Betriebes einer Fabrik und dadurch

son mit Einschluß des Geistes zum Theil oder völlig beschädigt oder verletzt oder einen gleichen Erfolg veranlaßt oder bewirkt habe[19], wobei die Art der Verletzung genügend anzugeben ist[20]; und daß dadurch der Schaden verursacht worden sei.[21]

---

veranlaßter Explosion sammt Beschädigung (vgl. Gruchot, Beiträge, XX. Jahrgang [Berlin 1876], S. 755—759) u. d. m.

Wenn man in älterer Zeit bisweilen bei der act. in factum eine culpa lata verlangt hat, während bei der act. directa und der act. utilis eine culpa levis genüge, so ist dies als irrig zu verwerfen. Zwischen den drei Klagen ist überhaupt materiell kein Unterschied vorhanden. Die act. in factum ist nicht minder eine Deliktsklage, als die beiden anderen; verjährt, wie diese, in 30 Jahren; ging, wie diese, im Fall des Leugnens auf das Doppelte u. s. w. Im Uebrigen erscheinen die Fälle der act. in factum nur als etwas stärkere Ausdehnungen der act. directa, wie die der act. utilis — §. 16 J. h. t. —, und sind processualische Unterschiede zwischen den drei Klagen im Röm. Proceß, namentlich dem Formularproceß, jedenfalls jetzt völlig beseitigt. Vgl. auch Matthiae a. a. O. I. 1. S. 90 und 91.

19 L. 27 §. 19—21, l. 30 §. 2 D. h. t. Bei dem gleichen Erfolge ist die Klage eine act. in factum oder eine act. utilis.

20 Es fragt sich, ob dann, wenn die Beschädigung nur darin besteht, daß Jemand überhaupt einen Schaden erlitten hat, z. B. ihm ein Kostenaufwand erwachsen ist oder er eine Summe Geldes hat zahlen oder eine Forderung darauf hat einbüßen müssen, die act. legis Aquiliae anwendbar sei. Dies ist zu verneinen, aus welchem Grunde auch in Ansehung der Verurtheilung in die Proceßkosten das Aquilische Princip für das richtige und anwendbare nicht zu betrachten ist. In diesen Fällen ist, in Ermangelung eines besonderen Gesetzes, nur die actio doli für wirksam zu halten. Eine allgemeine Entschädigungsklage wegen zurechenbarer, schuldvoller, positiver Beschädigung, wie Renner, Privatrechtsverhältnisse, S. 203 fg., will, gibt es auch jetzt nicht. Sie würde auch wohl etwas bedenklich sein. Die Entscheidung bei Busch a. a. O. 33. B. S. 167—172 halte ich für richtig, aber nicht wegen ungenügenden Beweises, sondern weil ein damnum corpori datum nicht vorliegt. Vgl. auch dafür, daß nothwendigerweise „in Beziehung auf eine körperliche Sache" ein Schaden herbeigeführt sein müsse, Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 26. Das Gegentheil folgt nicht aus §. 16 J. h. t. Wenn dort bei einem „neque corpus laesum" von der anwendbaren act. in factum die Rede ist, so ist dies auf besondere Fälle, z. B. auf den Fall zu beziehen, daß doch ein corpus dem Verletzten entzogen ist. Dies ergibt sich schon aus dem im §. 16 angeführten Beispiel vom Sklaven, der, um ihm die Flucht möglich zu machen, aus Mitleid entfesselt worden. S. auch Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. B. Abth. 2 (Göttingen 1839), §. 592.

Wenn jedoch bei der Verletzung von Sachen und Thieren der Kostenaufwand nothwendig war, um den bisherigen Werth zu erhalten, dann ist allerdings die act. legis Aquiliae anwendbar. L. 27 §. 17 D. h. t.

Wegen eines schuldvoll, aber nicht dolose erwirkten Arrestes wird selten mit der act. legis Aquiliae Schadensersatz erreicht werden können, weil, wie gesagt, diese eine verletzte körperliche Sache erfordert. Mit einer Klage auf die einfache Widerrechtlichkeit hin würde in Ermangelung eines allgemeinen und bezüglichen besonderen Entschädigungsgesetzes auch Nichts zu erreichen sein. Desgl. Nichts mit dem Gesichtspunkt einer Enteignung im weiteren Sinne (Gebrauchsbeschränkung), weil die Enteignungs-

5) Der Antrag gehe auf Ersatz des Schadens und Beseitigung der schädigenden Handlung, sofern diese auch noch für die Folge schadenbringend ist und sie überall beseitigt werden kann.

§. 286.

II. Actio adversus mensorem.

Diese Klage (für welche ich in dem C. J. Civ. keine bessere Bezeichnung habe finden können, als die angegebene, auf l. 1 pr. D. si mensor falsum modum dixerit (11; 6) beruhende, indem es daselbst heißt: „Adversus mensorem Praetor in factum actionem proposuit") wird durch die Behauptungen begründet, daß

1) Kläger, mag er den Beklagten beauftragt haben oder nicht, wenn er nur dabei, wie hervorgehoben werden muß, als Contrahent oder Partei interessirt ist, daß kein falsches Maß angegeben wäre[1],

2) gegen den zur Messung zugezogenen Beklagten[2], nicht auch dessen Erben[3],

---

gesetzgebung sich bis jetzt nur ausnahmsweise mit auf die Gebrauchsbeschränkung bezieht. Diesen Mängeln kann der Richter dadurch abhelfen, daß er die Arrestanlegung davon abhängig macht, daß dem Schuldner auch für den Fall der einfachen Widerrechtlichkeit Sicherheit wegen Schadensersatzes geleistet würde. Er dürfte sie auch sich für den Schuldner leisten lassen, so daß dann dieser nach den Grundsätzen über Verträge zu Gunsten Dritter daraus klagen könnte. Vgl. C. P. O. §. 801. Im Zweifel ist übrigens anzunehmen, daß die Sicherheitsleistung nicht einen Verpflichtungsgrund neu herbeiführen, sondern nur einen vorhandenen sicherstellen solle. Vgl. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 116.

[21] Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 132. Die strafbare Betheiligung an einer Schlägerei nach §. 227 des St. G. B. würde noch nicht immer einen genügenden ursachlichen Zusammenhang begründen. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 203. Vgl. indessen auch l. 11 §. 2 D. h. t.

[1] L. 3 §. 1 D. h. t.: „Competit autem haec actio ei, cujus interfuit, falsum modum renuntiatum non esse, hoc est vel emtori, vel venditori, cui renuntiatio obfuit." Es muß aber doch der Kläger bei dem Geschäft oder Proceß, wegen dessen Beklagter von einer Partei oder dem Richter zugezogen ist, als Mitcontrahent oder Proceßpartei betheiligt sein. L. 1 pr., l. 2 §. 1, l. 3 §. 1—4 D. h. t. Hauptcontrahent oder Hauptpartei braucht er nicht zu sein.

Der Inhalt dieser Note ergibt es, daß zwischen Kläger und Beklagtem ein contractliches Verhältniß nicht vorzuliegen braucht. S. auch Note 4. Um so mehr ist die Ansicht zu verwerfen, daß unsere Klage jetzt unpraktisch sei und das fragliche Verhältniß nach den Regeln der locatio conductio beurtheilt werden müsse. Sintenis a. a. O. §. 119 Note 2. Uebrigens dürfte eventuell richtiger ein Mandat anzunehmen sein, weil es sich um operae liberales handelt. Auch im Fall der Zulässigkeit einer Vertragsklage läge kein Grund vor, unsere Klage auszuschließen. Vgl. auch Arndts a. a. O. §. 338.

[2] Ein Feldmesser ist nicht nothwendig; es kann sich auch um einen Architekten, Redemtor, Tabularius u. d. m. handeln. L. 7 §. 2—4 D. h. t.

[3] L. 3 §. 5 D. h. t.

3) Ersatz eines näher zu specificirenden Schadens geltend mache,

4) weil er einen solchen in Folge der Angabe[4] eines falschen Maßes einer beweglichen wie unbeweglichen Sache[5] dolo oder culpa lata[6] des Beklagten erlitten habe;

5) und daß demnach beantragt werde, den Beklagten zum Ersatz des specificirten Schadens an den Kläger zu verurtheilen.

Beklagter kann excipiren, daß Kläger kein Interesse habe, gegen ihn zu klagen, weil er (z. B. als Verkäufer) gegen seinen Contrahenten (den Käufer) eine Klage habe, wogegen die Replik der Zahlungsunfähigkeit desselben statthaft ist.[7]

§. 287.
III. Interdictum quod vi aut clam.[1]

Geltend zu machen ist:

1) daß Kläger ein rechtliches Interesse an der Wiederherstellung des früheren Zustandes habe[2];

---

[4] L. 1 §. 2 D. h. t.: „Is autem tenetur hac actione, qui renuntiavit —". L. 5 pr. D. h. t. bestimmt, daß, wenn gar kein Maß angegeben, nur die actio doli anwendbar sei. Dabei ist natürlich wegen der Subsidiarität der actio doli anzunehmen, daß nicht eine Klage aus einem Vertrage statthaft sei.

[5] L. 5 §. 2 — l. 7 pr. D. h. t.

[6] L. 1 §. 1 D. h. t. Ulpian gibt in dieser Stelle als Grund der Haftung blos für Dolus und culpa lata den Umstand an, daß der Mensor nicht civiliter obligirt sei und daß auch ein Lohn nicht für culpa levis ihn haftbar machen könne, weil der Prätor dies nicht berücksichtigt habe. Mit Recht sagt Höpfner in seinem Commentar über die Institutionen, 7. Auflage (Frankfurt a. M. 1803), §. 759 Note 5: „Ich muß aber gestehen, daß mir diese Erklärung nicht gut zusammen zu hängen scheint." Der wahre Grund scheint mir darin zu liegen, daß es sich um operae liberales handelt und daß es aus inneren Gründen mißlich ist, dabei auch wegen culpa levis eine Haftung eintreten zu lassen.

[7] L. 3 §. 2 und 3 D. h. t. Die Klage ist im Uebrigen nicht eine subsidiäre. A. M. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. B. Abth. 2 (Göttingen 1839), §. 633. Die Stellen, auf welche er sich bezieht, l. 3 §. 2 und 3 und l. 5 §. 1 D. h. t. ergeben nicht eine allgemeine Subsidiarität.

[1] Wenn die Gewalt oder Clandestinität auch der Regel nach auf einem Dolus des Thäters beruhen werden (l. 1 §. 1 und 11, l. 11 §. 6 D. quod vi aut clam [43; 24]), so genügt doch eine grobe Culpa (l. 3 §. 7 und 8, l. 4 D. [43; 24]), die übrigens, sofern nicht ein Dolus vorliegt, wegen der Gewalt oder Heimlichkeit selbstverständlich ist (l. 15 D. de vi [43; 16]).

Auf die starke Verwandtschaft des int. quod vi aut clam mit einem interdictum recuperandae possessionis kann zum Verständniß des Folgenden hier nur aufmerksam gemacht werden. Eine genauere Erörterung dieses Gesichtspunktes würde hier zu weit führen.

[2] Schl.-Holst. A. v. 1876, S. 196. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 33, 36. B.

2) daß Beklagter als Errichter des Opus, mag er es in eigenem oder fremdem Namen errichtet haben oder haben errichten lassen[3], oder die in seinem Namen geschehene Errichtung genehmigt haben; oder als Besitzer des errichteten Opus passiv zur Sache legitimirt sei[4];

3) daß es sich um Wiederherstellung des früheren (zur Zeit des Widerspruchs, bezw. des Eintritts der Clandestinität vorhandenen) Zustandes handle; und zwar auf Kosten und von Seiten des Beklagten, wenn er selbst das Werk errichtet hat oder hat errichten lassen oder die ohne Auftrag in seinem Namen geschehene Errichtung genehmigt hat[5]; auf Kosten und von Seiten des Klägers unter bloßer Duldung des Beklagten, wenn letzterer das Werk nicht errichtet hat u. s. w.[6], auch nicht Erbe des Schuldigen ist; auf Kosten und von Seiten dieses Erben, soweit an ihn durch das Vergehen etwas gekommen oder dolo malo nicht gekommen war, nach Römischem Recht und bis zum Belaufe der an ihn gelangten Erbschaft nach Kanonischem Recht;

ferner auch, daß es sich gegenüber dem Thäter und dessen Erben um Ersatz eines zu specificirenden Schadens (das Interesse, Früchte und die omnis causa seit der Errichtung des Werks)[7] handle, und zwar gegenüber den Erben mit der angegebenen Beschränkung;

4) als Grund: daß ein opus in solo factum[8] vorliege, d. h. eine

Nr. 5 und 128. L. 7 §. 4 und 7, l. 11 §. 1 und 14, l. 18 pr. D. h. t. Der Usufructuarius, Pächter und andere blos persönlich Berechtigte mit Einschluß der Precaristen können das Interdict ebensowohl, als der Eigenthümer, selbst gegen den Eigenthümer anstellen, so daß auch die Klage des Einen die des Anderen nicht ausschließt (l. 11 §. 12, l. 12, l. 13 pr. §. 4 D. h. t.). Desgl. der Miteigenthümer gegen einen solchen (l. 13 §. 3 D. h. t). Ob Kläger besitze oder nicht, ist gleichgültig (l. 11 §. 8, l. 16 pr. D. h. t.; Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 125). Auch ist nicht gerade ein Vermögensinteresse erforderlich (l. 11 §. 1 und 2, l. 16 §. 1 D. h. t.). Vgl. über die Frage, ob Verkäufer oder Käufer das Interdict habe, l. 11 §. 8—13 D. h. t.

[3] Hat Beklagter in fremdem Namen gehandelt, so wird es nicht selten an einem Dolus oder einer groben Culpa fehlen, er also dann nicht haften. L. 5 §. 12, l. 11 §. 7 D. h. t. Sonst haftet er. L. 11 §. 6 und 7 D. h. t.

[4] L. 5 §. 10—14, l. 6, l. 7 pr. §. 1, l. 13 §. 6 und 7, l. 15 pr. §. 1, l. 16 §. 2 D. h. t. L. 4 §. 2, l. 5 D. de aqua et aq. pluv. arc. (39; 3).

[5] L. 5 §. 14, l. 13 §. 6 D. h. t. Wenn auf des Beklagten Kosten zu restituiren ist, so ist regelmäßig zu beantragen, daß er auf seine Kosten restituire — l. 21 pr. D. h. t.; c. 8 C. de serv. (3; 34) —; es kann aber auch unter Umständen, etwa wegen zu besorgender Chicane, beantragt werden, daß Kläger selbst auf Kosten des Beklagten restituiren dürfe — l. 13 §. 7, l. 16 §. 2 D. h. t. —.

[6] L. 16 §. 2 D. h. t.

[7] L. 4 §. 3 D. (39; 3). L. 15 §. 7, 8 und 12 D. h. t. L. 38 §. 11 D. de usur. (22; 1).

[8] L. 1 §. 4, l. 20 §. 4 D. h. t.

bleibende Aenderung an einer unbeweglichen Sache[9], einerlei, ob das Opus auf eigenem oder fremdem, öffentlichem oder privatem Grund und Boden gemacht ist[10]; daß dieses Opus doloser oder gröblich culposer Weise[11] vi aut (oder et) clam errichtet sei; vi[12], d. h. gegen den wirklichen oder vom Errichter des Opus gewaltsam dolo malo verhinderten[13] Widerspruch[14] des Klägers als Interessenten[15] oder seines Erblassers, oder Stellvertreters[16]; clam[17], d. h. mit Verheimlichung vor dem

---

[9] Dahin gehört u. A. das Umhauen eines Baumes, oder von Zweigen desselben sowie von Gebüsch, aber nicht das Abpflücken von Früchten (l. 7 §. 5, l. 9 pr. D. h. t.); die Wegnahme von festen oder losen Ziegeln vom Dach, nicht auch von Schlüsseln u. d. m. (l. 7 §. 10, l. 8, l. 9 pr. §. 1 D. h. t.); das dem Grundstück verderbliche Ausstreuen eines Düngerhaufens, nicht die nützliche Cultur des Grundstücks (l. 7 §. 6 und 7, l. 9 §. 3, l. 10 D. h. t.); die Verunreinigung eines Brunnens (l. 11 pr. D. h. t.); die Wegnahme einer Statue vom Grundstück (l. 11 §. 1 D. h. t.). Ein so ausgedehnter Begriff hiernach auch der des opus in solo factum war, dürfte es doch zu weit gehen, anzunehmen, daß unser Interdict auch schon bei bloßer heimlicher oder wider Verbot erfolgter Anmaßung des Besitzes anwendbar sei oder auch nur je anwendbar gewesen sei. A. M. Fitting (A. f. d. c. P. 55. B. S. 320 fg.) unter Berufung auf l. 1 pr. §. 1—3, l. 9 §. 3 D. h. t.; l. 15 D. de vi (43; 16); l. 38 §. 10 und 11 D. de usur. (22; 1), und c. 11 c. unde vi (8; 4).

[10] L. 7 §. 8, l. 11 §. 1, l. 20 §. 5 D. h. t.

[11] Wenn Erben oder Singularsuccessoren einem dem Vorgänger gegenüber erklärten Verbot zuwider aus Unkunde gehandelt haben, haften sie dafür nicht. L. 20 §. 3 D. h. t.

[12] L. 1 §. 5—11, l. 2 D. h. t.

[13] L. 1 §. 8 und 11 D. h. t.

[14] Derselbe kann auch durch einen jactus lapilli erklärt werden. L. 1 §. 6, l. 20 §. 1 D. h. t.

[15] Kläger braucht nicht ein von seinem Interesse verschiedenes Unrecht des Beklagten zu behaupten. A. M. Stölzel, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam, Seite 341—522, 556—594 und Windscheid a. a. O. §. 465 Note 6. Ob Beklagter ein Recht habe oder nicht, ist unerheblich. L. 1 §. 1 und 2 D. h. t. Göschen a. a. O. §. 618 Note 13. Arndts a. a. O. §. 329. Das Recht ist altioris quaestionis. Durch das int. quod vi aut clam soll nur der frühere Zustand vorläufig hergestellt werden, so daß in Ansehung des Processes über das Recht Alles unberührt bleibt. Dies gilt auch von der Parteirolle, der Beweislast u. s. w. Nur, wenn das Recht des Beklagten liquide ist, muß Kläger nach Analogie des neulateinischen Satzes: „Petitorium absorbet possessorium" abgewiesen werden. Die l. 21 D. de aqua et aq. pluv. arc. (39; 3) will entweder nur letzteres sagen oder vielleicht auch nur das Vorhandensein einer auf culpa lata beruhenden Heimlichkeit verneinen.

Vgl. auch l. 1 §. 2 und 3 D. h. t., wonach das Recht des Beklagten nicht einredeweise, also nur durch selbstständige Klage, wenn auch Widerklage, geltend gemacht werden kann, und Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 209.

[16] L. 3 pr., l. 17 D. h. t. L. 17 D. de op. nov. nunt. (39; 1).

[17] L. 3 §. 7 und 8, l. 4 D. h. t.

wirklichen oder vermeintlichen Interessenten oder seinem Erblasser oder Stellvertreter, welche Verheimlichung auch in dem als Dolus oder grobes Verschulden aufzufassenden Mangel einer Anzeige oder einer rechtzeitigen und genügend umständlichen Anzeige[18] an den, von dem man Widerspruch zu besorgen hatte, liegen kann; daß, wenn nicht blos auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern auch auf Schadensersatz angetragen wird, dieser Schaden durch die schuldvolle Widerrechtlichkeit des Thäters unmittelbar oder mittelbar, wenn auch unabsichtlich, verursacht sei;

5) daß demnach ein den Angaben zu 3 entsprechender Antrag gestellt werde.

Es ist statthaft u. A. die Einrede, daß Kläger oder sein Stellvertreter zugestimmt habe[19]; daß die zuständige Behörde die Einrichtung des Opus in einer auch dem Kläger gegenüber gesetzlichen und wirksamen Weise genehmigt habe[20]; daß Klägers Interesse nur in der Erlangung einer cautio damni infecti bestehe, diese aber angeboten sei oder werde[21]; daß Beklagter sich vor Errichtung des Opus, vor oder nach einem Einspruch, zur Proceßführung wegen seines Rechts bereit erklärt, auch eine bezügliche Satisdation (jetzt auch eine sonstige hinlängliche Realcaution) angeboten habe[22]; daß Beklagter nur das gethan, was er vom Kläger durch das interdictum quod vi aut clam oder de precario hätte erreichen können (exceptio, si non vi, nec clam nec precario feceris) und ihm eine magna et satis necessaria causa, z. B. das Recht der Selbstvertheidigung und unter Umständen auch der Selbsthülfe, zur Seite stehe.[23]

Gegen die Verbindung einer Widerklage über die Rechtsfrage mit der Klagbeantwortung ist an sich nichts zu erinnern, weil der §. 232 Abs. 2 der C. P. O. nicht zutreffend ist. Das Gericht könnte dann aber nach §. 136 Abs. 2 die Verhandlung in getrennten Processen anordnen. Denn, da es sich bei der Klage um eine vorläufige, bei der

---

[18] L. 4, l. 5 pr. 1—6 D. h. t.
Vgl. Kierulff, Entscheidungen d. O. A. G. zu Lübeck, II. Jahrgang (1866), Nr. 2.

[19] L. 3 §. 2 und 3 D. h. t.

[20] L. 3 §. 4, l. 7 §. 4 D. h. t.

[21] L. 3 §. 6 D. h. t.

[22] L. 3 §. 5 D. h. t. Durch die Statthaftigkeit dieser Caution und der der vorigen Note ist die scheinbare Härte des Interdicts gegenüber dem Eigenthümer, welcher auf seinem eigenen Grundstück das Opus errichtet hat, völlig beseitigt. Um so weniger ist die heutige Anwendbarkeit des Interdicts zu bezweifeln. Aus den Worten „desinere" in l. 3 §. 5 und 6 ergibt sich, abgesehen von dem Fall der cautio damni infecti, doch nicht die Anwendbarkeit der Caution auch nach Errichtung des Opus. Vgl. auch l. 7 §. 2 D. h. t.

[23] L. 7 §. 3, l. 22 §. 2 D. h. t.

Widerklage um eine endgültige Maßregel handelt, kann von einem die Verhandlung in getrennten Processen hindernden rechtlichen Zusammenhange nicht mehr die Rede sein.

§. 288.
IV. Die Klage gegen den Schiffer und Rheder auf Schadensersatz wegen Verschuldens in Ansehung der Dienstverrichtungen des ersteren.

1) In Ansehung der Activlegitimation zur Sache ist die Klagberechtigung des Klägers zu behaupten. Dies kann sein der beschädigte Rheder, Befrachter, Ablader, Ladungsempfänger, Reisende, eine Person der Schiffsbesatzung und derjenige Schiffsgläubiger, dessen Forderung aus einem Creditgeschäft (Art. 497 des H. G. B.) entstanden ist, insbesondere der Bodmereigläubiger.[1] Ob Kläger Eigenthümer oder dinglich Berechtigter oder anderweitig betheiligt sei, ist unerheblich.

2) Es ist die Passivlegitimation zur Sache hervorzuheben. Belangt werden kann der Schiffer. Er wird dadurch, daß er auf Anweisung des Rheders gehandelt hat, den übrigen unter 1 genannten Personen gegenüber von der Haftung nicht befreit. „Durch eine solche Anweisung wird auch der Rheder persönlich verpflichtet, wenn er bei Ertheilung derselben von dem Sachverhältniß unterrichtet war.“[2]

3) Die Klage kann auf Ersatz eines jeden entstandenen, zu specificirenden Schadens gerichtet werden.[3] Es ist also gleichgültig, ob es sich um einen entgangenen Gewinn, um einen unmittelbaren oder mittelbaren Schaden, um ein damnum corpori datum oder einen sonstigen Nachtheil handelt. In dieser Hinsicht ist die Klage der actio doli gleich zu behandeln.

4) Als Grund der Klage ist das Verschulden des Schiffers in Ansehung seiner Dienstverrichtungen, bezw. bei einer Klage gegen den Rheder der Umstand hervorzuheben, daß der Schiffer auf Anweisung des bei der Ertheilung derselben von dem Sachverhältniß unterrichteten und daher selbst auch in Verschulden befindlichen Rheders[4] gehandelt habe und daß durch das Verschulden der angegebene Schaden entstanden sei.[5] Besteht zwischen dem Kläger und Beklagten ein contractliches Verhältniß, z. B. zwischen Rheder und Schiffer, so kann die Klage als Con-

---

[1] H. G. B. Art. 478 und 479.

[2] H. G. B. Art. 478 und 479.

[3] H. G. B. Art. 478.

[4] Befindet sich der Rheder nicht in Verschulden, so würde er nach Art. 452 des H. G. B. doch mit Schiff und Fracht haften.

[5] H. G. B. Art. 478 und 479.

tractsklage behandelt werden; anderenfalls erscheint sie als eine der Aquilischen ähnliche, möglicherweise auch alle Erfordernisse derselben enthaltende Klage.[6] Das Verschulden ist eine culpa levis, die Nichtanwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers.[7] Eine positive Handlung ist aber nicht erforderlich. Es genügt, daß der Schiffer seiner Verpflichtung, bei allen Dienstverrichtungen, namentlich bei der Erfüllung der von ihm auszuführenden Verträge, die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers anzuwenden, oder den ihm im H. G. B. Buch 5. Titel 3 und in den folgenden Titeln auferlegten Pflichten nicht nachgekommen ist.[8]

5) Der Antrag ist auf Verurtheilung zum Ersatz des Schadens zu richten.

V. Die Klagen wegen Nachdrucks.

§. 289.

Allgemeine Uebersicht.

Das Gesetz des Norddeutschen Bundes, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken, vom 11. Juni 1870, welches auch für das Deutsche Reich beibehalten ist, schützt den Urheber und verbietet den Nachdruck.[1] Es behandelt:

1) Schriftstücke, und zwar:

A. das ausschließliche Recht des Urhebers (§§. 1—3),
B. das Verbot des Nachdrucks (§§. 4—6),
C. was nicht als Nachdruck anzusehen ist (§. 7),
D. die Dauer des ausschließlichen Rechtes des Urhebers (§§. 8—17),
E. die Entschädigung und Strafen (§§. 18—25),
F. das Verfahren (§§. 26—32),

---

[6] Vgl. auch l. 29 §. 2—4 D. ad leg. Aquil. (9; 2).

[7] H. G. B. Art. 478.

[8] Daselbst. Z. B. hat der Schiffer vor Antritt der Reise dafür zu sorgen, daß das Schiff in seetüchtigem Stande, gehörig eingerichtet und ausgerüstet, gehörig bemannt und verproviantirt sei und daß die zum Ausweis für Schiff, Besatzung und Ladung erforderlichen Papiere an Bord seien (H. G. B. Art. 480); ferner für die Tüchtigkeit der Geräthschaften zum Laden und Löschen, sowie für die gehörige Stauung nach Seemannsbrauch zu sorgen (H. G. B. Art. 481); sodann im Interesse der Ladungsbetheiligten während der Reise für das Beste der Ladung nach Möglichkeit Sorge zu tragen (H. G. B. Art. 504) u. d. m.

[1] Vgl. auch die Instruction über die Zusammensetzung und den Geschäftsbetrieb der Sachverständigen-Vereine, vom 12. December 1870. Das Gesetz vom 11. Juni 1870 und mit diesem zugleich die Instruction vom 12. December 1870 sind durch Reichsgesetz vom 27. Januar 1873 in Elsaß-Lothringen eingeführt.

G. die Verjährung (§§. 33—38),

H. die Eintragsrolle (§§. 39—42);

2) geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische, technische und ähnliche Abbildungen (§§. 43—44);

3) musikalische Compositionen (§§. 45—49);

4) öffentliche Aufführung dramatischer, musikalischer oder dramatisch-musikalischer Werke (§§. 50—56);

woran sich dann noch

5) allgemeine Bestimmungen (§§. 57—62) anschließen.

Nach diesem Gesetz ist im Civilrechtswege, im Gegensatz gegen den Strafrechtsweg, eine dreifache Klage zu unterscheiden:

a) auf Entschädigung,

b) wegen Bereicherung,

c) auf Einziehung.[2]

§. 290.

a. Die Entschädigungsklage.

Zur Begründung derselben sind folgende Punkte geltend zu machen:

I. Die Activlegitimation des Klägers.

„Die Verfolgung des Nachdrucks steht Jedem zu, dessen Urheber- oder Verlagsrechte durch die widerrechtliche Vervielfältigung beeinträchtigt oder gefährdet sind.

---

[2] Zur allgemeinen Instruction bezüglich dieser Klagen verweise ich auf Kohler, Das Autorrecht, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 18. B. S. 129—478. —

S. auch in Betreff des Rechtszustandes in Deutschland vor dem Gesetz vom 11. Juni 1870 Hillebrand, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Auflage (Zürich 1864), S. 492—497. —

Der Grund des Nachdrucksverbots ist nicht:

1) die Verletzung eines Privilegiums, da bei einem Rechte Aller nicht von einem Privilegium die Rede sein kann,

2) die Verletzung eines litterarischen Eigenthums, da es ein solches nicht gibt,

3) die Verletzung des Verlagsrechts, da das Recht des Auctors hierbei nicht berücksichtigt wird,

4) die Verletzung des persönlichen Rechts des Urhebers, da der Verleger unbeachtet bleibt;

sondern

5) die Verletzung der von Allen anzuerkennenden persönlichen Rechte des Urhebers, eben weil er Urheber, also auch im Bezuge der Früchte seines Werks zu schützen ist, oder des Verlegers.

Vgl. über die Gründe zu 1—4 Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 1. B. (München 1853), S. 186 fg., und über den Grund zu 5 das Gesetz vom 11. Juni 1870 §. 11 Abs. 1.

Bei Werken, welche bereits veröffentlicht sind, gilt bis zum Gegenbeweise derjenige als Urheber, welcher nach Maaßgabe des §. 11. Absatz 1. 2.[1] auf dem Werke als Urheber angegeben ist.

Bei anonymen und pseudonymen Werken ist der Herausgeber, und wenn ein solcher nicht angegeben ist, der Verleger berechtigt, die dem Urheber zustehenden Rechte wahrzunehmen. Der auf dem Werke angegebene Verleger gilt ohne weiteren Nachweis als der Rechtsnachfolger des anonymen oder pseudonymen Urhebers."[2]

Diese Vorschriften finden nicht blos auf Schriftstücke, sondern auch auf die im §. 289 unter 2—4 genannten Abbildungen, Compositionen und öffentlichen Aufführungen Anwendung.[3]

Bei Schriftstücken, Abbildungen und Compositionen wird dem Urheber in Beziehung auf den durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 gewährten Schutz der Herausgeber eines aus Beiträgen Mehrerer bestehenden Werkes gleich geachtet, wenn dieses ein einheitliches Ganzes bildet.

„Das Urheberrecht an den einzelnen Beiträgen steht den Urhebern derselben zu."[4]

„Das Recht des Urhebers geht auf dessen Erben über. Dieses Recht kann beschränkt oder unbeschränkt durch Vertrag oder durch Verfügung von Todeswegen auf Andere übertragen werden."[5]

II. Die Passivlegitimation des Beklagten.

Verklagt werden kann:

1) derjenige, welcher einen Nachdruck veranstaltet[6],

2) derjenige, welcher einen Anderen zur Veranstaltung eines Nachdrucks veranlaßt[7],

---

[1] Abs. 1 und 2 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 lauten:

„Bei Schriftwerken, welche bereits veröffentlicht sind, ist die im §. 8. vorgeschriebene Dauer des Schutzes an die Bedingung geknüpft, daß der wahre Name des Urhebers auf dem Titelblatte oder unter der Zueignung oder unter der Vorrede angegeben ist.

Bei Werken, welche durch Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet werden, genügt es für den Schutz der Beiträge, wenn der Name des Urhebers an der Spitze oder am Schluß des Beitrags angegeben ist."

[2] Ges. vom 11. Juni 1870, §. 28.

[3] Daselbst §§. 43, 45 und 56.

[4] Daselbst §§. 2, 43 und 45.

[5] Daselbst §§. 3, 43, 45 und 50. Vgl. auch §§. 51 und 53.

[6] Daselbst §§. 18 Abs. 1, 43, 45 und 54 Abs. 1. Der Veranstalter ist der Thäter oder Unternehmer (physische Urheber). Schl.-Holst. A. v. 1875, S. 250.

[7] Daselbst §§. 20 Abs. 1, 43, 45 und 54 Abs. 2. Der Veranlasser ist der Anstifter oder intellectuelle Urheber. Schl.-Holst. A. a. a. O.

3) derjenige, welcher Nachdrucksexemplare feil hält, verkauft oder in sonstiger Weise verbreitet[8],

4) die übrigen Theilnehmer am Nachdruck nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften.[9]

III. Die Höhe des Schadens, welcher genau zu specificiren und darzulegen ist, wenn auch das Gericht darüber, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich derselbe belaufe, unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat.[10]

IV. Der Grund.

1) Dieser besteht nun zunächst darin, daß überhaupt ein Nachdruck vorliege. In dieser Hinsicht wird verwiesen auf die §§. 4—7, 43—48, 50, 51 und 53 des Gesetzes vom 11. Juni 1870.[11]

2) Der Nachdruck muß ferner während der Dauer des ausschließlichen Rechtes des Urhebers geschehen sein. Der Schutz des Gesetzes vom 11. Juni 1870 „gegen Nachdruck wird, vorbehältlich der folgenden besonderen Bestimmungen, für die Lebensdauer des Urhebers (§§. 1. und 2.) und dreißig Jahre nach dem Tode desselben gewährt".[12]

„Bei einem von mehreren Personen als Miturhebern verfaßten Werke erstreckt sich die Schutzfrist auf die Dauer von dreißig Jahren nach dem Tode des Letztlebenden derselben.

Bei Werken, welche durch Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet werden, richtet sich die Schutzfrist für die einzelnen Beiträge danach, ob die Urheber derselben genannt sind oder nicht (§§. 8. 11.)."[13]

„Einzelne Aufsätze, Abhandlungen ꝛc., welche in periodischen Werken, als: Zeitschriften, Taschenbüchern, Kalendern ꝛc. erschienen sind, darf der Urheber, falls nichts Anderes verabredet ist, auch ohne Einwilligung des Herausgebers oder Verlegers des Werkes, in welches dieselben aufge-

---

[8] Daselbst §§. 25 Abs. 1, 43 und 45.

[9] Daselbst §§. 20 Abs. 3, 43 und 45.

[10] Daselbst §§. 19, 43, 45 und 55. Ohne genaue Specification und Darlegung der Höhe des Schadens könnte das Gericht wohl selbige feststellen, brauchte es aber nicht zu thun. Vgl. oben §. 17 unter I zu 1 H.

Ueber eine Geldbuße anstatt der Entschädigung s. Gesetz vom 11. Juni 1870 §. 18 Abs. 4 und 5, sowie oben §. 267 Note 3. Zu §. 55 s. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 88.

[11] Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 71. Zum unerlaubten Nachdruck sind Verlegbarkeit oder ein Vermögenswerth des Werks nicht erforderlich. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 20.

[12] Daselbst §. 8. Die etwaige Ansicht, daß Beklagter das Erlöschen des Rechts durch Ablauf der Zeit nach Analogie der Klagverjährung behaupten und beweisen müßte, kann ich nach der Fassung des §. 8 und nach der Natur der Sache nicht für richtig halten. Vgl. auch E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 24.

[13] Daselbst §. 9.

nommen sind, nach zwei Jahren vom Ablauf des Jahres des Erscheinens an gerechnet, anderweitig abdrucken."[14]

„Bei Schriftwerken, welche bereits veröffentlicht sind, ist die im §. 8. vorgeschriebene Dauer des Schutzes an die Bedingung geknüpft, daß der wahre Name des Urhebers auf dem Titelblatte oder unter der Zueignung oder unter der Vorrede angegeben ist.

Bei Werken, welche durch Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet werden, genügt es für den Schutz der Beiträge, wenn der Name des Urhebers an der Spitze oder am Schluß des Beitrags angegeben ist.

Ein Schriftwerk, welches entweder unter einem anderen, als dem wahren Namen des Urhebers veröffentlicht, oder bei welchem ein Urheber gar nicht angegeben ist, wird dreißig Jahre lang, von der ersten Herausgabe an gerechnet, gegen Nachdruck geschützt (§. 28.).

Wird innerhalb dreißig Jahre, von der ersten Herausgabe an gerechnet, der wahre Name des Urhebers von ihm selbst oder seinen hierzu legitimirten Rechtsnachfolgern zur Eintragung in die Eintragsrolle (§§. 39. ff.) angemeldet, so wird dadurch dem Werke die im §. 8. bestimmte längere Dauer des Schutzes erworben."[15]

„Die erst nach dem Tode des Urhebers erschienenen Werke werden dreißig Jahre lang, vom Tode des Urhebers an gerechnet, gegen Nachdruck geschützt."[16]

„Akademien, Universitäten, sonstige juristische Personen, öffentliche Unterrichtsanstalten, sowie gelehrte oder andere Gesellschaften, wenn sie als Herausgeber dem Urheber gleich zu achten sind (§. 2.), genießen für die von ihnen herausgegebenen Werke einen Schutz von dreißig Jahren nach deren Erscheinen."[17]

„Bei Werken, die in mehreren Bänden oder Abtheilungen erscheinen, wird die Schutzfrist von dem ersten Erscheinen eines jeden Bandes oder einer jeden Abtheilung an berechnet.

Bei Werken jedoch, die in einem oder mehreren Bänden eine einzige Aufgabe behandeln und mithin als in sich zusammenhängend zu betrachten sind, beginnt die Schutzfrist erst nach dem Erscheinen des letzten Bandes oder der letzten Abtheilung.

Wenn indessen zwischen der Herausgabe einzelner Bände oder Abtheilungen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren verflossen ist, so sind die vorher erschienenen Bände, Abtheilungen &c. als ein für sich

---

[14] Daselbst §. 10.
[15] Daselbst §. 11.
[16] Daselbst §. 12.
[17] Daselbst §. 13.

bestehendes Werk und ebenso die nach Ablauf der drei Jahre erscheinenden weiteren Fortsetzungen als ein neues Werk zu behandeln." [18]

„Das Verbot der Herausgabe von Uebersetzungen dauert in dem Falle des §. 6. Littr. b. fünf Jahre vom Erscheinen des Originalwerkes, in dem Falle des §. 6. Littr. c. fünf Jahre vom ersten Erscheinen der rechtmäßigen Uebersetzung ab gerechnet." [19]

„In den Zeitraum der gesetzlichen Schutzfrist (§§. 8. ff.) wird das Todesjahr des Verfassers, beziehungsweise das Kalenderjahr des ersten Erscheinens des Werkes oder der Uebersetzung nicht eingerechnet." [20]

„Ein Heimfallsrecht des Fiskus oder anderer zu herrenlosen Verlassenschaften berechtigten Personen findet auf das ausschließliche Recht des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger nicht statt." [21]

3) Ferner ist zu behaupten:

A. entweder

a) daß Beklagter „vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen Nachdruck (§§. 4. ff.) in der Absicht, denselben innerhalb oder außerhalb des Norddeutschen Bundes" (jetzt des Deutschen Reiches) „zu verbreiten, veranstaltet" [22],

oder

b) daß Beklagter „vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen Anderen zur Veranstaltung eines Nachdrucks veranlaßt" [23],

oder

c) daß Beklagter vorsätzlich Exemplare eines Werkes, welche den Vorschriften des Gesetzes vom 11. Juni 1870 zuwider angefertigt worden seien, innerhalb oder außerhalb des Deutschen Reichs gewerbemäßig feil gehalten, verkauft oder in sonstiger Weise verbreitet [24],

oder

d) daß Beklagter als sonstiger Theilnehmer am Nachdruck nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften ersatzverbindlich sei [25]; und

B. daß er durch diese seine Handlungen unter a—d dem Urheber oder dessen Rechtsnachfolger den eingeklagten Schaden verursacht habe.

4) Es ist Vollendung nothwendig, indem der bloße Versuch nicht genügt. Das Vergehen des Nachdrucks ist vollendet, sobald ein Nach-

---

[18] Daselbst §. 14.

[19] Daselbst §. 15.

[20] Daselbst §. 16.

[21] Daselbst §. 17. Vgl. zu den §§. 8—17 auch §§. 43, 45 und 52.

[22] Daselbst §§. 18 Abs. 1, 43, 45 und 54 Abs. 1.

[23] Daselbst §§. 20 Abs. 1, 43, 45 und 54 Abs. 2.

[24] Daselbst §§. 25 Abs. 1, 43 und 45.

[25] Daselbst §. 20 Abs. 3.

drucksexemplar eines Werkes den Vorschriften des Gesetzes vom 11. Juni 1870 zuwider, sei es im Gebiet des Deutschen Reichs, sei es außerhalb desselben, hergestellt worden ist.[26]

5) Endlich ist auch die Anwendbarkeit des Gesetzes mit Rücksicht auf den Ort des Erscheinens des Werkes u. s. w. darzulegen. Das Gesetz vom 11. Juni 1870 findet Anwendung auf alle Werke inländischer Urheber, gleichviel ob die Werke im Inlande oder Auslande erschienen oder überhaupt noch nicht veröffentlicht sind.[27]

Wenn Werke ausländischer Urheber bei Verlegern erscheinen, die im Gebiete des Deutschen Reichs ihre Handelsniederlassungen haben, so stehen diese Werke unter dem Schutze jenes Gesetzes.[28]

Diejenigen Werke ausländischer Urheber, welche in einem Orte erschienen sind, der zum ehemaligen Deutschen Bunde, nicht aber zum Deutschen Reiche gehört, genießen den Schutz jenes Gesetzes unter der Voraussetzung der Reciprocität; jedoch dauert der Schutz nicht länger, als in dem betreffenden Staate selbst. Dasselbe gilt von nicht veröffentlichten Werken solcher Urheber, welche im ehemaligen Deutschen Bundesgebiete staatsangehörig sind.[29]

Ueberdies kommt noch in Betracht, ob nicht ein völkerrechtlicher Vertrag mit einem fremden Staate den Schutz des Gesetzes noch weiter ausgedehnt hat.[30]

V. Der Antrag. Dieser ist auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des unter III angegebenen Schadens zu richten.

§. 291.

b. Die Bereicherungsklage.[1]

Sie unterscheidet sich von der Entschädigungsklage darin, daß sie

1) nur auf Herausgabe der Bereicherung geht,

2) einen Dolus oder eine Fahrlässigkeit überall nicht erfordert, und

---

[26] Daselbst §§. 22, 43, 45 und 54.

[27] Daselbst §. 61 Abs. 1.

[28] Daselbst §. 61 Abs. 2.

[29] Daselbst §. 62.

[30] Vgl. z. B. die Uebereinkunft zwischen dem Norddeutschen Bunde und der Schweiz wegen gegenseitigen Schutzes der Rechte an litterarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst, vom 13. Mai 1869.

[1] Daselbst §. 18 Abs. 6 und §. 20 Abs. 1. Vgl. auch §. 25 und ferner §§. 43, 45 und 55 Abs. 4. Ob man die vorliegende Klage als act. in factum, wie ich es nach dem §. 346 dieses Buchs thue, oder als cond. sine causa, oder

3) nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Bereicherungsklage im engeren Sinne im Zweifel zu beurtheilen ist.[2]

Der Umstand, daß das Gesetz vom 11. Juni 1870 die Bereicherungsklage nur für die beiden Fälle des vorigen Paragraphen unter a II 1 und 2 ausdrücklich als statthaft bezeichnet, berechtigt nicht zu dem Schluß, daß sie nicht auch gegen die unter a II 3 und 4 genannten Personen anwendbar sei.

§. 292.

c. Die Einziehungsklage.[1]

Zur Begründung dieser Klage sind folgende Behauptungen aufzustellen:

---

als act. negotiorum gestorum directa, oder als act. utilis oder als cond. ex lege u. d. m. auffaßt, ist ziemlich unerheblich. Das R. O. H. G. nahm den Gesichtspunkt einer negotiorum gestio an und leitete daraus den Anspruch auf eine Rechnungsablage über die dem Kläger unbekannte Höhe der Bereicherung ab, während bei Annahme einer cond. sine causa ein solcher Anspruch sich nicht begründen lasse. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 80. Der Anspruch auf eine Rechnungsablage soll nicht bestritten werden; auch nicht die rechtliche Möglichkeit der Annahme einer negotiorum gestio; wohl aber, daß dieser Gesichtspunkt allein und bei ihm allein eine Klage auf Rechnungsablage möglich sei. Auch die anderen angedeuteten Gesichtspunkte sind rechtlich zulässig; insbesondere auch der die cond. sine causa begründende. Das durch das Verbot des Nachdrucks geschützte Recht umfaßt auch mit den Anspruch auf die Früchte. Hat ein Anderer diese gezogen, so ist allerdings etwas aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen grundlos übergegangen und somit auch der Gesichtspunkt einer cond. sine causa zulässig. Wenn nun Beklagter allein im Stande ist, über die Höhe der Bereicherung genaue Angaben zu machen, so muß es auch genügen, daß Kläger bei der Substantiirung seiner Klage die Höhe des Anspruchs vorläufig unbestimmt läßt, also unter Vorbehalt einer späteren Liquidation, oder auf Rechnungsablage oder auf solche und die daraus (unter Zulassung gegründeter Notaten) sich ergebende Höhe klagt. Denn jedenfalls ist allgemein auch der, welcher widerrechtlich, wenn auch ohne Verschulden, fremde Nutzungen sich angeeignet hat, dann zur Rechnungsablage verpflichtet, wenn er allein dazu im Stande ist, mag er nun Mandatar oder Geschäftsführer ohne Auftrag oder ein sonstiger Vertreter oder in keiner Weise als Vertreter aufzufassen sein.

[2] Vgl. oben §. 15 Note 56 und unten §. 346. Zum Unterschiede von der allgemeinen Bereicherungsklage des §. 346 würde die vorliegende indessen auch im Fall eines dem Kläger entgangenen Gewinnes anwendbar sein. Der Ausdruck „Schaden" im §. 18 Abs. 6 hat offenbar die weitere, den entgangenen Gewinn mitumfassenden Sinn, weil jede Bereicherung, mag Kläger einen positiven oder negativen Schaden erlitten haben, beim Beklagten ohne Rechtsgrund sich befindet und dies nicht zu gestatten ist.

[1] Vgl. zu den folgenden Citaten auch §§. 43, 45 und in negativer Hinsicht 54 und 55.

1) Die Activlegitimation des Klägers. In dieser Hinsicht gilt das im §. 290 zu a I Bemerkte.

2) Die Passivlegitimation des Beklagten. Passiv legitimirt ist der Eigenthümer der Nachdrucksexemplare und Vorrichtungen, wie Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse u. s. w., wenn er der Veranstalter des Nachdrucks, der Drucker, der Sortimentsbuchhändler, der gewerbsmäßige Verbreiter, der Veranlasser des Nachdrucks[2] oder ein sonstiger Theilnehmer am Nachdruck ist.[3] Die Erben dieser Personen haften gleichfalls[4], vorausgesetzt natürlich, daß sie Eigenthümer sind.

3) Der Gegenstand. Dieser umfaßt „die vorräthigen Nachdrucks-Exemplare und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich bestimmten Vorrichtungen, wie Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse ꝛc."[5]

Und zwar handelt es sich darum, daß entweder sie vernichtet oder ihrer gefährdenden Form entkleidet und alsdann dem Eigenthümer zurückgegeben werden.[6] „Wenn nur ein Theil des Werkes als Nachdruck anzusehen ist, so erstreckt sich die Einziehung nur auf den als Nachdruck erkannten Theil des Werkes und die Vorrichtungen zu diesem Theile."[7]

„Es steht dem Beschädigten frei, die Nachdrucks-Exemplare und Vorrichtungen ganz oder theilweise gegen die Herstellungskosten zu übernehmen, insofern nicht die Rechte eines Dritten dadurch verletzt oder gefährdet werden."[8]

4) Der Grund. Dieser besteht darin, daß

a) ein Nachdruck vorliege,

b) innerhalb der Dauer des Schutzes begangen sei,

c) mag es sich um eine Veranstaltung, Veranlassung, Verbreitung oder sonstige Theilnahme handeln,

d) mag Vollendung oder Versuch des Nachdrucks vorliegen[9],

e) mag der Veranstalter, Veranlasser, Verbreiter oder sonstige Theil-

---

[2] Daselbst §. 21 Abs. 1 und 3.

[3] Nach den §§. 20 und 21 daselbst ist es freilich zweifelhaft, ob auch gegen sonstige Theilnehmer auf Einziehung geklagt werden kann; aber doch der Natur der Sache nach anzunehmen.

[4] Nach §. 21 Abs. 4 könnte man meinen, es hafteten nur die Erben des Veranstalters oder Veranlassers.

[5] Daselbst §. 21 Abs. 1.

[6] Daselbst §. 21 Abs. 1.

[7] Daselbst §. 21 Abs. 2.

[8] Daselbst §. 21 Abs. 5.

[9] Daselbst §. 22 Abs. 2.

nehmer vorsätzlich oder fahrlässig oder ohne Verschulden gehandelt haben [10],

f) Nachdrucksexemplare oder Vorrichtungen, bezw. zur gewerbemäßigen Verbreitung bestimmte Nachdrucksexemplare vorhanden seien und

g) im Eigenthum [11] des Beklagten ständen.

5) Der Antrag. Dieser ergibt sich aus den Bemerkungen zu 3.

§. 293.

Anhang zu den §§. 289—292.

Anhangsweise ist zu den §§. 289—292 noch Folgendes zu bemerken:

1) Das Reichsgesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, vom 9. Januar 1876, ordnet im §. 16 an, daß die Bestimmungen in den §§. 18—42 des Gesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w., auch auf die Nachbildung von Werken der bildenden Kunst entsprechende Anwendung fänden. „Auf die Baukunst findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung.“ [1]

2) Das Reichsgesetz, betreffend den Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung, vom 10. Januar 1876, erklärt im §. 9 die Bestimmungen in den §§. 18—38, 44, 61 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 auf das ausschließliche Nachbildungs- und Vervielfältigungsrecht des Verfertigers photographischer Werke für anwendbar. Die Schutzfrist beträgt fünf Jahre. [2]

3) Das Reichsgesetz, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen, vom 11. Januar 1876, bestimmt im §. 14, daß die §§. 18—36, 38 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 auch auf das Urheberrecht an Mustern und Modellen mit der Maßgabe entsprechende Anwendung fänden, „daß die vorräthigen Nachbildungen und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung bestimmten Vorrichtungen nicht vernichtet, sondern auf Kosten des Eigenthümers und nach Wahl desselben entweder ihrer gefährdenden Form entkleidet, oder bis zum Ablauf der Schutzfrist amtlich aufbewahrt werden“ sollen.

„Der Urheber eines Musters oder Modells genießt den Schutz gegen Nachbildung nur dann, wenn er dasselbe zur Eintragung in das

---

[10] Daselbst §. 21 Abs. 4 und §. 25 Abs. 2.

[11] Besitz ist weder erforderlich, noch ausreichend.

[1] Gesetz vom 9. Januar 1876 §. 3.

[2] Gesetz vom 10. Januar 1876 §. 6.

Musterregister angemeldet und ein Exemplar oder eine Abbildung des Musters ꝛc. bei der mit Führung des Musterregisters beauftragten Behörde niedergelegt hat."[3]

Die Schutzfrist beträgt 1—3 Jahre, kann aber auf 15 Jahre ausgedehnt werden.[4]

§. 294.

VI. Die Syndikatsklage (actio, si judex litem suam fecerit).

Zur Begründung dieser actio in factum quasi ex maleficio ist Folgendes geltend zu machen:

1) Kläger sei als verletzte Partei activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als Richter[1], welcher verletzt habe, mag es sich um die Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit[2] gehandelt haben, passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Erstattung eines näher zu specificirenden Schadens.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter bei der Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit dolo oder culpa lata oder in solchen Fällen, in denen es sich nicht um operae liberales, d. h. nicht um eine Beurtheilung oder Begutachtung oder die richtige Anwendung einer besonderen wissenschaftlichen Sach- und Fachkenntniß, sondern nur um eine gewöhnliche Ordnung und Pünktlichkeit handelt, wie sie Jedermann erfüllen kann, auch culpa levi, welcher Dolus oder welche Culpa genauer zu begründen ist[3], dem Kläger den

---

[3] Gesetz vom 11. Januar 1876 §. 7 Abs. 1.

Es muß sich um Geschmacks- oder Kunstmuster im Gegensatz gegen Nützlichkeitsmuster handeln. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 32.

Ueber die vom Registerrichter zu beachtenden Grundsätze vgl. Busch a. a. O. 34. B. S. 182—188.

[4] Daselbst §. 8.

[1] Ein nicht richterlicher Beamter würde nach Analogie der Klagen gegen den Richter, den Mensor und den Obervormund ebenfalls haften, und zwar wegen dolus und culpa lata, sofern es sich um operae liberales handelt, sonst für culpa levis. L. 14 §. 7 D. de cust. (48; 3). Sofern das Amt übernommen werden mußte, wird aber die Haftung für culpa levis auf die s. g. relative culpa levis zu beschränken sein.

[2] Mühlenbruch, Pandekten-Recht, 4. Auflage (Halle 1844), §. 449 I.

[3] Pr. J. de obl., quae quasi ex del. (4; 5). L. 5 §. 4 D. de O. et A. (44; 7). L. 6 D. de extraord. cogn. (50; 13) in den Worten „licet per imprudentiam". L. 15 D. de jud. (5; 1) in den Worten „dolo malo in fraudem

Schaden zugefügt habe, und daß kein anderes Rechtsmittel anwendbar sei.[4]

5) Der Antrag gehe auf Verurtheilung zur Leistung des specificirten Interesses.

---

c. Obligationen wegen einfacher Widerrechtlichkeit des Schuldners.[1]

§. 295.

I. Operis novi nuntiatio.[2]

Hierbei interessirt uns:

1) das s. g. interdictum demolitorium oder de opere restituendo;

2) die ordentliche Klage des Nuntianten;

3) das s. g. interdictum de remissionibus oder ne vis fiat aedificanti.

1. Zur Begründung des interdictum demolitorium oder des

---

legis". C. 2 C. de poena jud., qui male jud. (7; 49) in den Worten „qui pretio depravatus aut gratia perperam judicaverit".

R. A. v. 1532 tit. III. §. 17 in den Worten: „wo einige Parthey hinfürter vermeint, daß sie durch Cammer-Richter und Beysitzer beschwärt, und unrechtmäßige oder nichtige Urtheil, wider sie gesprochen und eröffnet". K. G. O. v. 1555 III. tit. LIII. §. 10 in den Worten: „daß aus Betrug oder Arglist, vor Geschenck, Mieth, Gnad, Bitt, Freundschafft, Feindschafft, oder ander dergleichen Ursachen wegen, ein nichtige und ungerechte Urtheil gefällt und gegeben wäre". Vgl. auch das Reichsgesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873, §. 141 in den Worten: „sofern der Defekt nach der Ueberzeugung der Reichsbehörde durch grobes Verfahren entstanden ist".

Ueber die verschiedenen Ansichten in Ansehung der Haftung blos wegen Dolus oder wegen Dolus und culpa lata (Arndts a. a. O. §. 338) oder wegen jeder Culpa vgl. Windscheid a. a. O. §. 470 Note 1. Vgl. auch Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, II. Jahrgang (1866), Nr. 77.

[4] Für die Subsidiarität spricht diese Eigenschaft der Klage gegen den Obervormund und l. 3 §. 2 und 3 D. si mens. f. m. d. (11; 6).

[1] Vgl. auch oben §. 13 Note 8; §. 17 Note 20; §. 30 unter 4; §. 109 Note 19; §. 130; §. 205 Note 26 und 28; §. 206 Note 5; §. 211; §. 213 Note 3; §. 244 unter E; §. 263 a. E.; §. 292, und unten §. 307 unter 6 A f; §. 308 unter 4 Note 1, und §. 318 unter 4; sowie Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 162—174 und 174 fg. Derselbe schien zuerst sich auf dem richtigen Wege zu befinden, von dem er aber jedenfalls bald wieder abgekommen ist. S. ferner auch G. O. §. 120 (107) und Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 127 S. 188 unter 5; H. G. B. Art. 178 Abs. 2, Art. 211 Abs. 2.

[2] Vgl. Schmidt, Das bei der operis novi nuntiatio einzuhaltende Verfahren, in der Z. f. C. und P., Neue Folge, 8. B. S. 17—51. Ueber die heutige Anwendbarkeit s. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 207.

interdictum de opere restituendo, eines interdictum perpetuum, muß angegeben werden:

a) Kläger sei Nuntiant, mag er besessen haben oder nicht, mag er, soweit er nicht den Nuntiaten zum Besitzer gemacht hat, noch besitzen oder nicht, und Eigenthümer oder Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger[3] des einem Schaden ausgesetzten Grundstücks oder für den Eigenthümer auftretender Nutznießer[4] oder Stellvertreter einer der genannten Personen sein. In diesen Fällen beruhe die Legitimation des Klägers darauf, daß es sich bei der privaten operis novi nuntiatio um Erhaltung des Rechts des Klägers (juris nostri conservandi causa) gehandelt und ihm deshalb ein Verbietungsrecht zugestanden habe oder daß es sich dabei um Abwendung eines Schadens und Erlangung einer cautio damni infecti (damni depellendi gratia) gehandelt habe. In dem Fall der Römischen nuntiatio publici juris tuendi gratia sei Kläger jetzt als Privatinteressent activ legitimirt, juris publici tuendi gratia zu klagen.[5]

Nach dem Bemerkten wird in Ansehung der Activlegitimation mehr verlangt, als beim interdictum quod vi aut clam, da bei letzterem ein bloßes Interesse genügt, somit auch ein Pächter activ legitimirt ist.

b) Beklagter sei der Nuntiat, in dessen Namen das Werk errichtet wurde, einerlei ob Eigenthümer oder blos Besitzer, oder ein dritter Besitzer.[6]

---

[3] L. 3 §. 3, l. 9 D. de operis novi nuntiatione (39; 1).

[4] L. 1 §. 20 D. h. t. Derselbe kann daher nicht gegen den Eigenthümer nuntiiren; er muß sich gegen diesen der actio confessoria bedienen. Sie ist vor wie nach Errichtung des Opus anwendbar. Im ersteren Fall müßte aber doch schon eine Störung vorliegen und könnte ein Verbot erwirkt werden. Im zweiten Fall könnte Restitution, eventuell das Geldinteresse beansprucht werden. L. 2 D. h. t. L. un. §. 4 D. de remissionibus (43; 25). Der Inhaber einer Realservitut ist ebenfalls nicht berechtigt, zu nuntiiren — l. 14 D. h. t. —, es möchte sich denn um negative oder solche affirmative Servituten handeln, mit denen bleibende mit dem herrschenden Grundstück zusammenhängende Einrichtungen verbunden sind — l. 15 D. de serv. pr. urb. (8; 2); l. 6 §. 7 D. si serv. vind. (8; 5); l. 1 §. 3 und 4 D. de rem. (43; 25) —. Ueber andere Ansichten vgl. Matthiae a. a. O. I. 2. S. 113.

[5] L. 1 §. 16 und 17 D. h. t. Ein Miether und Pächter, sofern sie nicht Stellvertreter sind, können nicht nuntiiren. L. 3 §. 3 D. h. t. Die Nuntiation geht activ nicht auf den Erben oder Singularsuccessor des Nuntianten über; wohl aber passiv gegen den Erben oder Singularsuccessor des Nuntiaten. L. 8 §. 6 und 7 D. h. t. Ein bei Lebzeiten des Erblassers begründetes int. demolitorium geht activ auf die Erben über. L. 20 §. 6 D. h. t.

[6] L. 18 §. 1, l. 23 D. h. t. Der Miteigenthümer kann im Fall eines an dem gemeinsamen Grundstück begonnenen Opus gegen den Nachbar, aber nicht

c) Es handle sich um Herstellung des Zustandes zur Zeit der Nuntiation [7], und zwar sammt Schadensersatz, sowie auf Kosten des Beklagten, weil er selbst, wenn auch nur durch Andere oder Genehmigung der Nuntiation zuwider gehandelt oder weil sein Erblasser dies gethan habe, die Erbschaft aber zur Tragung der Kosten ausreiche [8]; oder um Gestattung der Restitution auf eigene Kosten des Klägers, weil Beklagter Besitzer sei. Ueberdies sei dem Beklagten, sofern er selbst der Thäter, Auftraggeber oder Ratihabent ist, eine fernere Aenderung vorläufig zu verbieten und deshalb eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen.

d) Der Grund bestehe darin:

daß eine Veränderung eines städtischen oder ländlichen Grundstücks durch Errichtung oder Beseitigung eines Gebäudes [9] begonnen sei [10], (die Voraussetzung des interdictum 'quod vi aut clam ist eine weitere); daß deshalb zu besorgen gewesen, es möge demselben oder einem anderen Grundstück [11] unmittelbar oder mittelbar ein Schaden im weitesten Sinne, der im Fall der bedrohten Verletzung eines Rechts nur durch Nichterrichtung des Opus, im Fall der zu besorgenden Beschädigung durch Sicherheitsleistung beseitigt werden könnte, zugefügt werden, oder es möge, wenn jenes Grundstück ein locus publicus, sacer oder religiosus ist, nicht blos diesem ein Schaden zugefügt, sondern auch Nuntiant in seinen Privatinteressen verletzt werden [12];

---

gegen den Miteigenthümer nuntiiren. Gegen letzteren ist die actio communi dividundo oder ein richterliches Inhibitorium (ein prohibere per praetorem) anwendbar. L. 3 §. 1 D. h. t. Elvers, Themis, 1. B. Heft 1 (Göttingen 1827), S. 152 und 153 Nr. 35 und 36. Dies gilt auch dann, wenn der Miteigenthümer wegen eines ihm allein gehörenden Grundstücks durch das an dem gemeinsamen begonnene Opus benachtheiligt werden könnte L. 3 §. 2 D. h. t. Dagegen würde von Seiten des Miteigenthümers gegen denselben, falls an dem im alleinigen Eigenthum des einen befindlichen Grundstück ein Opus errichtet wird, die Nuntiation statthaft sein. Beim interdictum quod vi aut clam findet sich die erwähnte Beschränkung gar nicht.

[7] Die operis novi nuntiatio ist nicht gegen opera praeterita gerichtet, wie das interdictum quod vi aut clam. Das int. demolitorium soll daher nur das nach der Nuntiation errichtete Opus beseitigen. L. 1 §. 1 D. h. t. Anstatt des int. demolitorium ist auch das interdictum quod vi aut clam anwendbar. L. 7 §. 2 D. quod vi a. clam (43; 24).

[8] L. 20 §. 7 und 8 D. h. t. Nach Röm. Recht haftete der Erbe bis zu einer gegenwärtigen oder früheren an ihn durch die Widerrechtlichkeit gelangten Bereicherung oder deren dolosen Vereitelung, und zwar ist sowohl unser Interdict, als auch eine actio in factum anwendbar. L. 20 §. 8 D. h. t.

[9] L. 1 §. 11 und 12, l. 5 §. 2, l. 8 §. 4, l. 14 D. h. t. Ob es auf städtischen oder ländlichen Grundstücken errichtet wird, ist gleichgültig.

[10] Das Stützen eines Gebäudes ist kein Opus. L. 1 §. 13 D. h. t.

[11] Dies braucht nicht gerade ein angränzendes zu sein. L. 8 pr. D. h. t.

[12] Nach Röm. Recht konnte auch jeder Bürger nuntiiren. L. 3 §. 4 D. h. t.

daß eine operis novi nuntiatio, ein gegen das Opus [13], also auch am Orte desselben, gerichtetes, wenn auch nur außergerichtliches [14] Verbot vom Kläger im eigenen oder von einem Dritten in seinem Namen [15] vorgenommen sei (beim interdictum quod vi aut clam genügt jede Prohibition oder auch eine Clandestinität); mochte der gegnerische Eigenthümer (oder Besitzer) oder irgend ein Anderer in seinem oder des Werkes Namen anwesend sein [16]; mochte die Verwahrung ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen geschehen sein, wenn sie nur so offenkundig vorgenommen wurde, daß sie zur Kunde des Eigenthümers, (oder Besitzers) selbst eines infans oder furiosus [17], gelangen konnte, wobei auch im Fall eines Miteigenthums (oder Mitbesitzes) die Nuntiation an Einen Miteigenthümer (oder Mitbesitzer) genügt [18]; mochte gegen das ganze Werk unter entsprechender Angabe oder einen genügend zu bezeichnenden Theil nuntiirt sein [19]; mochte das Werk an verschiedenen Stellen oder an einer errichtet werden, wobei aber im ersteren Fall es verschiedener Nuntiationen bedarf [20]; und daß dessenungeachtet das Opus fortgesetzt sei.

e) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zu verurtheilen, den Zustand zu Zeit der Nuntiation auf eigene Kosten wiederherzustellen und Schadensersatz zu leisten; bezw. dies zu thun, soweit die Erbschaft reiche; oder nur die Wiederherstellung auf Kosten des Klägers diesem zu gestatten; auch sich fernerer Aenderungen vorläufig bei Vermeidung einer Brüche zu enthalten und deshalb unter Umständen Sicherheit zu leisten.

Dies ist jetzt unpraktisch. So gut wie aber nach Röm. Recht auch ein Pupill tutore auctore wegen eines Privatinteresses zu einer nuntiatio publici juris tuendi gratia berechtigt war — l. 3 §. 4, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. —, kann der in seinen Privatinteressen Bedrohte auch jetzt noch eine solche vornehmen. Vgl. unten §. 306 i. A.

[13] L. 1 §. 5, l. 5 §. 2, 4 D. h. t.

[14] L. 1 §. 2 D. h. t.

[15] L. 1 §. 3 D. h. t. Der Dritte kann auch ein negotiorum gestor sein. Vgl. Ruhstrat, Ueber die actio neg. gest. directa, in v. Jhering's Jahrbüchern 19. B. S. 258. Wenn übrigens der Gestor auch klagbar werden sollte, würden die §§. 74—86, insbesondere der §. 85 der C. P. O. zu berücksichtigen sein.

[16] L. 5 §. 3 D. h. t.

[17] L. 10 und 11 D. h. t.

[18] L. 5 §. 5 D. h. t. Bei einem Miteigenthum des bedrohten Grundstücks nützt die Nuntiation des Einen nicht den Miteigenthümern. L. 5 §. 6 D. h. t. Einer obrigkeitlichen Person kann nicht nuntiirt werden. Es ist zu protestiren und später dem Eigenthümer zu nuntiiren, wobei das int. demolitorium mit rückwirkender Kraft wegen des nach dem Protest vor der Nuntiation errichteten Opus anwendbar ist. L. 5 §. 7 D. h. t.

[19] L. 5 §. 15 D. h. t.

[20] L. 5 §. 16 D. h. t.

2. Der Nuntiant muß wegen seines Rechts zur Nuntiation binnen einer angemessenen kurzen Frist von höchstens 3 Monaten klagen[21], dabei auf Antrag den Gefährdeeid leisten[22] und hatte nach Römischem Proceß als Stellvertreter de rato zu caviren.[23]

Die Begründung dieser Klage richtet sich nach den Grundsätzen, welche bei der betreffenden Klage gelten.

3. Ist die Nuntiation wegen mangelnder Berechtigung vorläufig (nach summarischer Untersuchung, unter Vorbehalt des weiteren Rechtsweges) oder wegen Nichtleistung des Gefährdeeides oder der cautio de rato (jetzt der etwa erforderlichen Beibringung einer Vollmacht s. w. d. a.) oder aus einem der nachstehenden, eine förmliche Remission freilich nicht erfordernden Gründe durch den Richter remittirt[24]; nämlich das Verbietungsrecht dem Nuntianten gerichtlich aberkannt oder dessen Ausübung dem Nuntiaturus gerichtlich verboten; oder wegen Verzögerung der Klagerhebung über 3 Monate oder mit Rücksicht auf anderweitige Hindernisse der gerichtlichen Entscheidung binnen dieser Zeit dem Nuntiaten die Fortsetzung des Werks gegen eine von ihm (einem oder allen Nuntiaten) geleistete oder angebotene Satisdation (bezw. einfache Repromission im Fall der nuntiatio publici juris tuendi gratia — l. 8 §. 3 D. h. t. —; jetzt im ersten Fall auch eine sonstige hinlängliche Realcaution), daß er als unterliegender Theil auf eigene Kosten den früheren Zustand wiederherstellen würde, gerichtlich gestattet[25], oder

---

[21] C. 1 C. de novi operis nuntiatione (8; 11). Der Nuntiat wird durch die operis novi nuntiatio — nicht durch das dem interdictum quod vi aut clam etwa zu Grunde liegende Verbot (l. 5 §. 10 D. h. t.) — zum Besitzer gemacht. L. 1 §. 6 D. h. t. Wenn daher das Werk an dem Grundstück des bedrohten Besitzers errichtet wird, ist es meistens vortheilhafter, Selbsthülfe anzuwenden (wohin nach dem C. J. Civ. auch der jactus lapilli gehört, der übrigens auch als schlüssige Handlung auf eine operis novi nuntiatio unter Umständen bezogen werden kann) oder ein richterliches Inhibitorium zu erwirken oder das interdictum uti possidetis oder quod vi aut clam anzustellen.

[22] L. 5 §. 14 D. h. t. Die fortdauernde Geltung dieses Gefährdeeides läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, weil er dem materiellen durch die C. P. O. und das E. G. dazu nicht beseitigten Recht angehört. Er könnte durch einen Specialbevollmächtigten geleistet werden. Vgl. J. R. A. §. 43. Uebrigens wird der Gefährdeeid durch die Landesgesetzgebung wohl fast überall beseitigt sein.

[23] L. 5 §. 18 D. h. t. Vgl. für das heutige Recht C. P. O. §§. 74—76, insbesondere die §§. 84 und 85.

[24] L. 5 §. 18 D. h. t.

[25] L. 1 pr. D. de rem. (43; 25). C. 1 C. h. t. (8; 11). C. 4 X. de novi operis nuntiatione (5; 32). Gegenüber den klaren Vorschriften dieser Stellen in Ansehung der 3 Monate würde es willkürlich sein, wenn man die Sicherheitsleistung auch ohne Rücksicht darauf, ob die Streitsache binnen 3 Monaten erledigt werden könne,

die Nuntiation durch Vereinbarung rückgängig gemacht[26]; oder die Nuntiation nur zum Zweck der Erlangung einer Caution de damno infecto vorgenommen, diese aber geleistet oder ohne Erfolg angeboten, und somit jene hinfällig geworden; oder das Ruhen des Werks gefahrdrohend; oder wird dadurch sonst das öffentliche Wohl verletzt[27];

so hat der besitzende Nuntiat gegen fernere Störung der Fortsetzung des Werkes ein prohibitorisches, auch auf Schadensersatz und Abgebung eines Strafbefehls sowie unter Umständen Leistung einer Sicherheit mitgehendes Interdict, nämlich das interdictum uti possidetis und im Fall der geleisteten oder angebotenen Satisdation (jetzt auch einer hinlänglichen sonstigen Realcaution) der Note 25 auch das nicht in einem Jahre verjährende interdictum, ne vis fiat aedificanti.[28]

Zur Begründung muß, abgesehen von der sonstigen Sachlage, namentlich einer dieser Gründe angegeben werden.

Es könnte auch ohne Angabe eines Grundes das interdictum uti possidetis angestellt und die Einrede der operis novi nuntiatio durch die Replik der Remission u. s. w. entkräftet werden. Wenn Kläger selbst schon in der Klage die Nuntiation einräumt, so muß er auch sofort diese elidiren. Da aber nach diesen Bemerkungen das interdictum, ne vis fiat aedificanti im Wesentlichen nur als interdictum uti possidetis mit anticipirter Replik erscheint[29], so würde auch noch in der Replik eine bessere Begründung der Satisdationsleistung u. s. w. gegeben werden können, ohne daß darin eine unzulässige Klagänderung gefunden werden könnte.[30]

Als judicium duplex läßt sich das interdictum, ne vis fiat aedificanti oder das interdictum uti possidetis im Fall der Nuntiation nie betrachten, weil Kläger durch die Nuntiation jedenfalls mit Wissen

---

zulassen wollte. Ueber das ältere Recht s. l. 5 §. 17 D. h. t. Beim interdictum quod vi aut clam bedarf es weder des Ablaufs von 3 Monaten noch einer gerichtlichen Gestattung; vielmehr kann man sich nach l. 3 §. 5 und 6 D. quod vi a. clam (43; 24) immer durch Sicherheitsleistung das Recht zur vorläufigen Fortsetzung des Opus verschaffen.

[26] L. 1 §. 10 D. h. t.

[27] L. 5 §. 11—13 D. h. t.

L. 3 §. 8 D. de rivis (43; 21).

L. 1 §. 13 D. de cloacis (43; 23).

[28] L. 20 §. 9—16 D. h. t.

[29] Der Grund, weshalb nach l. 20 §. 13 D. h. t. bei der Nuntiation im öffentlichen Interesse die Remission in Folge einer nuda repromissio das Interdict nicht verschafft, ist nicht diese nuda repromissio im Gegensatz gegen eine Satisdation, sondern mangelnder Besitz. A. M. Schmidt a. a. O. S. 49 und 50.

[30] Vgl. oben §. 7 unter 16.

und Willen des Nuntianten zum Besitzer gemacht ist[31] und somit nicht davon die Rede sein kann, daß er vi, clam, precario vom Beklagten besitze.

§. 296.

II. Actio aquae pluviae arcendae.

Kläger muß diese (meistens aquae pluviae arcendae actio, seltener actio aquae pluviae arcendae, noch seltener aquae pluviae actio oder judicium oder arbitrium aquae pluviae arcendae genannte) Klage, eine schon im Zwölf-Tafel-Gesetz hervorgehobene persönliche actio perpetua, durch folgende Behauptungen begründen:

1) Kläger sei als gegenwärtiger Eigenthümer, Emphyteuta[1], Inhaber einer Realservitut[2] oder auf Grund einer actio utilis im Nothfall auch Nutznießer[3], des gefährdeten Grundstücks activ zur Sache legitimirt.[4]

2) Beklagter sei als gegenwärtiger Eigenthümer[5], Emphyteuta, Superficiar oder im Nothfall auf Grund einer actio utilis auch Nutznießer[6] des Gefahr bringenden Grundstücks passiv zur Sache legitimirt.[7]

3) Es handle sich um Wiederherstellung des früheren Zustandes von Seiten und auf Kosten des Beklagten oder um Zulassung des Klägers zur Wiederherstellung auf eigene Kosten und Erstattung des nach der Zustellung[8] der Klage entstandenen, zu specificirenden Scha-

---

[31] L. 1 §. 6, l. 5 §. 10 D. h. t.

[1] L. 23 §. 1 D. de aqua et aquae pluviae arcendae (39; 3).

[2] L. 25 D. h. t.

[3] L. 22 pr. D. h. t. in Verbindung mit l. 3 §. 4 D. h. t. Während Windscheid a. a. O. §. 473 Note 20 die Klage dem Nießbraucher als nicht subsidiäre gewährt und Puchta, Vorlesungen, 4. Auflage (Leipzig 1855), II. S. 258 ihm die Klage nur subsidiär, wenn ihm keine andere zu Gebote steht, gibt, möchte ich noch über die letztere Ansicht hinausgehen und sie ihm auch dann versagen, wenn er in Folge geschehener oder bevorstehender Klagerhebung durch den Eigenthümer schon genügend gesichert ist.

[4] Kläger braucht nicht schon zur Zeit der Errichtung des Opus Eigenthümer u. s. w. gewesen zu sein. L. 6 §. 4 D. h. t. Vgl. Elvers, Das Recht des Wasserlaufes, in seiner Themis, Neue Folge, 1. B. Heft 3 (Göttingen 1841), S. 497 fg.

[5] L. 4 §. 2, l. 5, l. 18 pr. D. h. t.

[6] L. 22 §. 2 D. h. t. in Verbindung mit l. 3 §. 4 D. h. t. Wenn der Nutznießer restituiren will, der Eigenthümer widerspricht, ist letzterer, im umgekehrten Fall ersterer zu belangen. Falls beide widersprechen, muß gegen beide geklagt werden.

[7] Wenn der Eigenthümer des gefährdeten Grundstücks Miteigenthümer des gefährdenden ist oder umgekehrt, so liegt hierin kein Hinderniß für unsere Klage. L. 6 §. 2 und 3 D. h. t.

[8] Nach Röm. Recht kam es auf die Litiscontestation an. L. 6 §. 6 D. h. t. An der bezüglichen im Text angegebenen Vorschrift muß festgehalten werden, da sie

dens[9], unter Umständen auch Leistung einer Sicherheit de damno infecto.[10]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß auf einem Privatgrundstück[11], einem ländlichen oder städtischen[12], ein Werk errichtet (opus manu factum[13]); oder durch Naturereignisse, wie Erdbeben, eine Aenderung herbeigeführt sei[14], in Folge dessen sofort oder utiliter in Verbindung mit zufälligen Umständen entgegen der natürlichen oder auf obrigkeitlicher Anordnung oder auf einer privaten lex fundo dicta[15] oder auf vetustas beruhenden Beschaffenheit des gefährdeten Grundstücks[16] ein Schaden für ein ländliches Grundstück[17] durch zugeleitetes oder

---

in die Digesten aufgenommen ist. Der Grund derselben liegt wohl nicht darin, daß es sich bei unserer Klage um ein damnum futurum handelt (denn das wäre eine Erklärung durch dasselbe), sondern in der einfachen Widerrechtlichkeit als Grund der Klage. Nach neuestem Recht gilt freilich auch bei dieser einfachen Widerrechtlichkeit sonst als Regel, daß von der Zeit der Widerrechtlichkeit an Schadensersatz zu leisten sei.

[9] Es tritt bei unserer Klage eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung nur ein, wenn und so lange ein besonderer Grund dazu vorliegt, z. B. Untheilbarkeit der Leistung, Dolus oder Culpa des Beklagten. Sonst gilt Berechtigung und Haftung nach Antheilen. L. 11 §. 3 D. h. t. Vgl. übrigens auch Ubbelohde, Die Lehre von den untheilbaren Obligationen (Hannover 1862), S. 196 fg.

[10] L. 14 §. 3 D. h. t.

[11] L. 3 §. 3, l. 4 pr., l. 18 pr. D. h. t. Die letzte Stelle lautet: „Si in publico opus factum est, quo aqua pluvia noceret, agi non potest; interveniente loco publico, agi poterit. Causa ejus rei haec est, quod ea actione non tenetur, nisi dominus solus.“

[12] L. 1 §. 19 und 20 D. h. t.

[13] L. 1 §. 1 D. h. t.

[14] L. 2 §. 6 D. h. t.

[15] Die lex, von der die Quellen sprechen (z. B. in l. 1 §. 23, l. 2 pr. D. h. t.), nur auf eine obrigkeitliche Anordnung zu beziehen, dazu ist kein Grund vorhanden. Mit Rücksicht auf die Machtvollkommenheit eines civis Romanus und die bekannten Grundsätze über leges fundo dictae wäre es ganz befremdend, wenn gerade eine obrigkeitliche Anordnung nothwendig wäre. Also wenn z. B. A. von seinem Grundstück einen Theil an B. veräußert und dabei ausgemacht wird, daß dieser Theil mit einem Hügel versehen werden müsse, durch welchen zum Vortheil des A. der Zulauf von Regenwasser auf den nicht veräußerten Theil verhindert wird und dann später von B. nach Beseitigung des Hügels dem A. doch das Regenwasser wieder zugeleitet wird, so muß ich die act. aquae pluviae arcendae für anwendbar halten.

[16] Wenn nur der natürliche Lauf des Wassers schadet, ist die Klage nicht anwendbar. L. 1 §. 1 und 10 D. h. t. Auch dann nicht, wenn eine Zeit lang (im Gegensatz gegen die vetustas) dieser natürliche Lauf gehindert, aber durch Beseitigung eines Opus wiederhergestellt ist. L. 1 §. 22 D. h. t.

[17] L. 1 §. 17, 19 und 20 D. h. t. Bei Gebäuden wäre die actio nega-

zufließendes[18] Regenwasser, wenn auch nur gemischt mit Quellwasser[19], zu besorgen sei[20] und daß Beklagter, sofern er selbst auf eigene Kosten den früheren Zustand herstellen soll, jenes Werk errichtet oder daß sein Erblasser[21] dies gethan habe oder daß einer von ihnen solches habe thun lassen.[22]

5) Beantragt werde, Beklagten zu verurtheilen, selbst auf eigene Kosten den früheren Zustand herzustellen, bezw. es zu dulden, daß Kläger auf seine Kosten ihn wiederherstelle.

Beklagter kann einwenden, daß er nur seines eigenen ökonomischen Nutzens wegen in wirthschaftlicher üblicher Weise die Aenderung vorgenommen habe, z. B. frumenti quaerendi causa oder agri colendi

---

toria anzustellen, die auch anstatt der act. aquae pluviae arcendae bei Feldgrundstücken anwendbar ist. Es genügt übrigens, daß unmittelbar eine dem Feldgrundstück zustehende Servitut gefährdet werde. L. 25 D. h. t.

[18] Wegen Entziehung ist die vorliegende Klage nicht anwendbar (l. 1 §. 21 D. h. t.). Gleichgültig ist es, ob die Zuleitung beabsichtigt ist oder nicht; ob sie in dem Maß, so daß mehr als ehemals hinfließt, oder in der Art und Weise, so daß es z. B. schneller als früher fließt, oder sonst worin besteht. Die Zuleitung kann auch in einem Aufstauen liegen. L. 1 §. 3 D. h. t.

[19] L. 1 pr. §. 15 und 16 D. h. t. Aquae calidae begründen nicht unsere Klage — l. 3 §. 1 D. h. t. —, d. h. das darunter etwa befindliche Regenwasser kommt als zu unerheblich nicht in Betracht, da es eine Verwandlung in aquae frigidae nicht hat bewirken können.

[20] L. 1 pr. D. h. t.

[21] L. 6 §. 7 D. h. t. in den Worten „quod autem is, cui heres sum, fecit, perinde est, atque si ipse fecissem".

[22] L. 11 §. 1 D. h. t. —

Ist der Schaden drohende Zustand durch Verstopfung des Abflusses veranlaßt, so kann bei einem angelegten Abflußgraben („sive exstet fossae memoria, sive non exstet") verlangt werden, daß Beklagter auf seine Kosten reinige; bei einem natürlichen Abfluß, daß Beklagter den Kläger auf des letzteren Kosten reinigen lasse. L. 2 §. 1, 2, 4—7 D. h. t. Vgl. Matthiae a. a. O. I. 2. S. 437. Wenn übrigens der Graben nicht vom Beklagten oder dessen Vorbesitzern, sondern vom Kläger oder dessen Vorbesitzern angelegt wäre, würde auch im ersteren Falle nur Gestattung der Reinigung auf Kosten des Klägers beantragt werden können.

Gleiche Grundsätze sind anzuwenden, wenn ein Damm durch die Gewalt des Flusses eingerissen und dadurch den Anliegern eine Ueberschwemmung verursacht ist. Jedoch würde bei einem künstlichen vom Beklagten oder dessen Vorbesitzern angelegten Damm die Herstellung auf des Beklagten Kosten nur dann verlangt werden können, wenn der Damm widerrechtlich zu schwach angelegt wäre, mithin nicht im Fall einer vis major. Denn nur die widerrechtliche Anlegung eines zu schwachen Dammes steht der widerrechtlichen Nichtreinigung gleich. L. 1 §. 23, l. 2 §. 5 D. h. t.

causa Abzugsgräben gezogen habe[23]; daß unter öffentlicher Auctorität das Opus errichtet sei[24]; daß das Opus die vetustas für sich habe[25], u. s. w.

Zum Schluß wird noch auf die nahe Verwandtschaft zwischen unserer Klage und der actio negatoria hingewiesen. Im Allgemeinen kann das, was mit der actio aquae pluviae arcendae erreicht wird, auch mit der actio negatoria erreicht werden, so daß jene ziemlich entbehrlich ist.[26]

§. 297.

III. Die Klage wegen Beerdigung auf fremdem Grunde.[1]

Es ist zur Begründung dieser actio in factum zu behaupten:

1) daß Kläger als Eigenthümer oder Inhaber eines dinglichen Rechts oder deren Erbe activ zur Sache legitimirt sei[2];

2) daß Beklagter als Thäter oder dessen Erbe passiv zur Sache legitimirt sei[3];

3) daß es sich um Wiederfortschaffung des Todten oder eventuell,

---

[23] L. 1 §. 3—9 und 15 D. h. t.

[24] L. 2 §. 3 D. h. t.

[25] L. 2 §. 3 D. h. t.

[26] Es wird der gleiche Zweck beider Klagen in l. 1 §. 17 D. h. t. ausdrücklich hervorgehoben und dabei die act. aquae pluviae arcendae als die act. specialis, die actio negatoria als die actio generalis bezeichnet. Abgesehen von der weiteren Anwendbarkeit der actio negatoria beschränken sich die Unterschiede fast auf Nichts. Lange habe ich nach Unterschieden gesucht und so gut wie Nichts gefunden. Daß die eine Klage eine actio in rem, die andere eine actio in rem scripta ist, hat keine erhebliche Bedeutung. Ich kann mir daher die Einführung der act. aquae pluviae arcendae nicht anders erklären, als dadurch, daß zur Zeit der 12 Tafeln die actio negatoria in einem viel beschränkteren Umfange, als späterhin, insbesondere nicht für Eigenthumsbeschränkungen der act. aquae pluviae arcendae, zulässig war.

[1] Die Klage ist eine actio perpetua. L. 7 pr. D. de religiosis, et sumtibus funerum, et ut funus ducere liceat (11; 7).

[2] L. 2 §. 1, l. 8 §. 4, l. 7 pr. D. (11; 7). Der bonae fidei possessor hat, wie mit Rücksicht auf die gesetzliche Regel: „Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est" — l. 136 D. de R. J. (50; 17) — auffallend ist, die Klage nicht. L. 2 §. 1 D. (11; 7).

[3] L. 7 pr. D. (11; 7). Daß der Erbe nur so weit, als durch das Vergehen an ihn etwas gelangt oder dolo malo nicht gelangt sei, hafte, ist nicht gesagt, versteht sich aber von selbst. Uebrigens trifft der Natur der Sache nach die erstere Voraussetzung hier immer zu, weil in der grundlosen Belastung eines Dritten mit den Kosten des Beerdigungsplatzes u. s. w. immer eine grundlose Entlastung der Erbmasse, also ein pervenire, liegt.

also falls dies nicht geschehen kann oder nicht geschieht und in letzterem Fall Kläger nicht darauf besteht, Leistung des Geldinteresses, d. h. nach Römischem Recht der Regel nach Bezahlung des Werths des Platzes, handle[4];

4) daß der Grund der Klage darin bestehe, daß Beklagter oder dessen Erblasser einen Todten auf dem Grund und Boden, an welchem dem Kläger das Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht zustehe, widerrechtlich beerdigt habe[5];

5) daß demnach beantragt werde, den Beklagten zu verurtheilen, den Todten wieder fortzuschaffen, eventuell das Interesse zu bezahlen.

§. 298.

IV. Interdictum de mortuo inferendo.[1]

Begründung:

1) Kläger sei der zur Beerdigung Berechtigte[2], aber daran Verhinderte.

2) Beklagter sei der Thäter.

3) Es handle sich um ein Verbot fernerer Störung.

4) Der Grund bestehe darin, daß Kläger vom Beklagten widerrechtlich an der Beerdigung eines Todten verhindert werde, was auch durch Hinderung an der Benutzung des dem Kläger zustehenden Weges zum Begräbnißplatz geschehen kann.

5) Der Antrag gehe auf die Erlassung eines Verbots fernerer Störung.

---

[4] L. 7 pr. D. (11; 7). Nach dieser Stelle kann es bestritten werden, ob Beklagter oder Kläger die Wahl habe, oder ob nur eventuell der Werth verlangt werden könne. v. Savigny, Obligationenrecht, 1. B. (Berlin 1851), S. 396, nimmt an, daß der Beklagte die Wahl habe. Mit Rücksicht auf sein widerrechtliches Verhalten kann ihm indessen unmöglich das Wahlrecht gegeben sein. — Da jetzt Begräbnisse nicht mehr res extra commercium sind — Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 176 —, kann jetzt das Interesse vielleicht geringer sein, als der Werth des Platzes.

[5] L. 2 §. 2 und 3 D. (11; 7). Ueber die Gründe, welche die Widerrechtlichkeit ausschließen, vgl. l. 2 §. 7—9, l. 3—6 D. h. t.

Die Widerrechtlichkeit braucht vom Kläger nicht näher im Einzelnen dargelegt zu werden, indem es Sache des Beklagten ist, das Fehlen derselben ungeachtet des Eigenthums oder dinglichen Rechts des Klägers zu behaupten.

Ist der Thäter ein Socius, so ist nicht unsere Klage, sondern die actio familiae herciscundae oder communi dividundo anwendbar. L. 2 §. 1 D. h. t.

[1] L. 1 pr. §. 1—4 D. de mortuo inferendo, et sepulcro aedificando (11; 8). L. 8 §. 5, l. 9, 10, 38 D. de rel. (11; 7).

[2] Auch der Eigenthümer oder Miteigenthümer, welche auf dem eigenen, bezw.

§. 299.

V. Die Klage auf Schadensersatz wegen Hinderung an der Beerdigung.[1]

Diese Klage, eine actio in factum perpetua, welche weder activ noch passiv auf die Erben übergeht[2], weicht von der vorigen in Betreff des Gegenstandes, der auf Ersatz des Interesses geht, und des Grundes ab. Der Grund besteht darin, daß die Verhinderung widerrechtlich geschehen sei und zu diesem Grunde kommt noch hinzu, daß auch zu behaupten ist, Kläger habe den geltend gemachten Schaden durch jene Widerrechtlichkeit erlitten.[3]

§. 300.

VI. Interdictum de sepulchro aedificando.[1]

Es ist anzugeben:

1) Kläger sei der, welcher an dem betreffenden Orte einen Todten zu beerdigen oder beerdigt zu haben berechtigt sei.

2) Beklagter sei der, welcher jenen an der Aedification des sepulchrum hindere.

---

gemeinschaftlichen Grundstück ohne Zustimmung eines Usufructuarius, bezw. Miteigenthümers einen Todten beerdigen wollen, haben mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse und die Religion utiliter das Interdict. L. 43 D. de rel. (11; 7).

[1] L. 8 §. 5, l. 9 und 10 D. de rel. (11; 7).

[2] Die Klage geht activ nicht über, weil sie als s. g. actio vindictam spirans behandelt ist; passiv nicht, als Delictsklage. Demnach wird auch der passive Uebergang doch bis zur Bereicherung in dem schon oft näher angegebenen weiteren Sinne, jetzt bis zum Belaufe der Erbschaft, anzunehmen sein.

[3] Verschieden von der im Text berührten Klage wäre die wegen Beseitigung eines Erb- oder Familienbegräbnisses; z. B. in Folge Umbaues einer Kirche. Im Fall einer gesetzlichen Enteignung würde im Zweifel eine Klage auf Entschädigung statthaft sein, die dann aber activ und passiv auf und gegen die Erben, soweit von solchen die Rede sein kann, übergehen würde. Wenn die Beseitigung der Gruft eine widerrechtliche wäre, könnte auf Wiederherstellung und, falls solche unmöglich sein sollte, auf Schadensersatz geklagt werden. Auch von dieser Klage ließe sich nicht annehmen, daß sie vindictam spirans sei. Denn die Beseitigung der Gruft erscheint doch nicht als concrete Hinderung an der beabsichtigten Beerdigung eines Todten. Mithin paßt die Analogie der l. 9 D. cit. nicht.

Vgl. auch Gruchot, Beiträge, X. Jahrgang (Berlin 1866), S. 432—437.

[1] L. 1 §. 5—10 D. de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (11; 8).

3) Es handle sich um ein Verbot fernerer Störung und Schadensersatz.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter den Kläger widerrechtlich verhindere, an dem betreffenden Orte ein Grabmal zu erbauen oder auszubessern, was auch durch Hinderung an der Herbeischaffung des dazu erforderlichen Materials, an der Errichtung von erforderlichen Stellagen[2] u. d. m. geschehen kann; und daß dadurch der Schaden verursacht sei.

5) Der Antrag gehe auf Untersagung fernerer Störungen und Verurtheilung zum Ersatz des angegebenen Schadens.

§. 301.

VII. Interdictum de loco publico fruendo.

Es ist geltend zu machen:

1) daß Kläger als Conductor[1] oder dessen Socius activ zur Sache legitimirt sei[2];

2) daß Beklagter als Störer passiv legitimirt sei[3];

3) daß ein Verbot fernerer Störung und Schadensersatz[4] beansprucht werde;

4) weil Kläger von dem zur locatio Berechtigten[5] den Fruchtbezug von dem locus publicus[6] gepachtet[7] habe, er aber vom Beklagten an einer der lex locationis entsprechenden Ausübung seines Rechts gestört sei[8], dadurch auch den angegebenen Schaden erlitten habe, und

5) daß demnach um Abgebung eines Verbots fernerer Störung sowie Verurtheilung zum Schadensersatz gebeten werde.

---

[2] Mögen dieselben auch auf einem servitutpflichtigen Grundstück des Beklagten errichtet werden.

[1] Als solcher ist hier auch der Emphyteuta zu betrachten, aber keineswegs ausschließlich.

Vgl. auch unten §. 306 unter D und v. Vangerow a. a. O. §. 674.

[2] L. 1 pr. §. 2 und 3 D. de loco publico fruendo (43; 9). L. 13 §. 7 D. de injur. (47; 10).

[3] L. 1 pr. D. h. t.

[4] Vgl. Windscheid a. a. O. §. 467 Note 4 a und, sofern auch der Jagdertrag zu den Früchten gehört, Wendt, Römisches Jagdrecht, in v. Ihering's Jahrbüchern 19. B. S. 398—412.

[5] L. 1 pr. D. h. t.

[6] L. 1 pr. §. 1 und 3 D. h. t.

[7] L. 1 pr. §. 1—3 D. h. t.

[8] Es ist unerheblich, ob Kläger Besitzer oder Detentor oder weder Besitzer noch Detentor ist.

§. 302.

VIII. Actio viae rejectae (oder receptae).[1]

Die Begründung erfordert folgende Angaben:

1) daß Kläger als Eigenthümer[2] des beeinträchtigten Grundstücks activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als Verletzer passiv zur Sache legitimirt sei;

3) daß es sich um Leistung des Interesses, also um Wiederherstellung des früheren Zustandes und Ersatz eines etwaigen sonstigen Schadens, eventuell blos um Schadensersatz handle;

4) weil Beklagter widerrechtlich in agrum vicini viam publicam rejecerit, also den öffentlichen Weg auf das Grundstück des benachbarten Klägers hin ausgedehnt habe.

5) Der Antrag seinem Inhalte nach ergibt sich aus den Bemerkungen zu 3.

§. 303.

IX. Die Klage wegen unbefugten Gebrauchs einer Firma.

H. G. B. Art. 27.[1]

Es ist zur Begründung der Klage zu behaupten:

1) Daß Kläger in seinen Rechten verletzt sei.[2]

Dies ist der Fall:

a) wenn eine neue Firma sich von einer an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firma nicht deutlich unterscheidet[3];

b) wenn der, welcher ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt, dasselbe unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgerverhältniß andeutenden Zusatz fortführt, ohne daß der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben oder die etwaigen Miterben in die Fortführung der Firma ausdrücklich eingewilligt haben[4];

---

[1] L. 3 pr. D. de via publica et itinere publico reficiendo (43; 11).

[2] Der Inhaber eines jus in re wird wohl dem Eigenthümer gleichzustellen sein.

[1] Nicht zu verwechseln mit der vorliegenden Klage ist das nach Art. 26 des H. G. B. statthafte amtliche Einschreiten. Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 63.

[2] Vgl. Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 447—455.

[3] H. G. B. Art. 20 und 21.

[4] H. G. B. Art. 22. Die Einwilligung in die Fortführung der Firma für

c) wenn die Firma als solche abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, veräußert worden, was nicht zulässig ist[5];

d) wenn beim Austreten eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, aus einem Handelsgeschäft die Firma ohne dessen ausdrückliche Genehmigung fortgeführt wird.[6]

Verletzt sind:

zu a) der Inhaber der bereits früher bestehenden Firma;

zu b) der bisherige Geschäftsinhaber, oder dessen Erben oder die etwaigen Miterben dessen, welcher das Geschäft fortführt;

zu c) jeder Interessent[7];

zu d) der Gesellschafter, welcher ausgetreten ist.

Der Unterschied unserer Klage von der Aquilischen besteht darin, daß bei der letzteren es sich um ein Vermögensinteresse des dinglich berechtigten Klägers handeln muß, während bei unserer Klage ein Affectionsinteresse genügt, auch nicht eine dingliche Berechtigung erforderlich ist.

2) Beklagter sei der Unberechtigte, welcher die Firma unbefugter Weise gebraucht habe.

3) Es handle sich um Unterlassung der weiteren Führung der Firma, Löschung derselben im Handelsregister und Ersatz des etwaigen zu specificirenden Schadens, unter Umständen auch um Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten.

4) Der Grund der Klage bestehe in dem unbefugten Gebrauch[8] der Firma, z. B. in der unbefugter Weise etwa erwirkten Eintragung ins Handelsregister, auch in der unbefugten Benutzung der Firma zur

---

das erworbene Handelsgeschäft würde für ein Geschäft, welches als ein anderes zu betrachten wäre, nicht gelten. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 95. Ob der bisherige Geschäftsinhaber zur Ertheilung der Einwilligung legitimirt war, braucht der Erwerber nicht zu prüfen. Wenn jener widerrechtlich eingewilligt hätte, würde, abgesehen von einem Dolus des Erwerbers, auf Grund des Art. 27 eine Klage gegen ihn auch nicht statthaft sein. S. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 148 und auch H. G. B. Art. 306—308.

[5] H. G. B. Art. 23.

[6] H. G. B. Art. 24.

[7] Ob auch der Veräußerer selbst klagen könne, wird von den Umständen abhängen. Die Klage auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma wird des öffentlichen Interesses wegen statthaft sein; eine Klage auf Schadensersatz im Allgemeinen nicht, weil Niemand seine eigenen Handlungen angreifen darf. Vgl. oben §. 9 Note 35. Die demnach in dieser Hinsicht entgegenstehende exceptio doli wird aber möglicherweise durch eine Replik, etwa die eines entschuldbaren Irrthums, entkräftet werden können.

[8] Vgl. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 37 und 5. B. Nr. 30.

Bezeichnung von Waaren[9], und bezw. darin, daß dem Kläger dadurch der specificirte Schaden entstanden sei, eine Veröffentlichung des Erkenntnisses auch als angemessen erscheine.

5) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zu verurtheilen, den Gebrauch der Firma zu unterlassen und selbige im Handelsregister streichen zu lassen, unter Umständen unter Androhung einer Brüche für den Fall des Zuwiderhandelns und den angegebenen Schaden dem Kläger zu erstatten; sowie unter Umständen die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten zu verordnen.

§. 304.

X. Die Klage wegen Ausgabe nichtiger Actien, Actienantheile, Promessen oder Interimsscheine.

Das H. G. B. (nebst dem Bundesgesetz, betreffend die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften, vom 11. Juni 1870) bestimmt bezüglich der Commanditgesellschaft auf Actien im Art. 173:

„Das Kapital der Kommanditisten kann in Aktien oder Aktienantheile zerlegt werden.

Die Aktien oder Aktienantheile müssen auf Namen lauten. Sie müssen auf einen Betrag von mindestens funfzig Vereinsthalern gestellt werden, wenn nicht die Landesgesetze nach Maaßgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag gestatten.

---

[9] In diesem Falle ist nach der Ansicht Mancher Art. 27 nicht anwendbar, weil dieser Artikel durch den Art. 15 interpretirt werden müsse. So Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen deutschen H. G. B., 1. B. Heft 2 (Erlangen 1867), zu Art. 27 S. 208 und 209. Es soll jetzt nur das Markenschutzgesetz anwendbar sein. Vgl. Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 455—457. Dies ist erheblich, weil ein Anspruch auf Schadensersatz nach diesem Gesetz eine wissentliche, nach der vorliegenden Klage nur eine einfache Widerrechtlichkeit erfordert. Vgl. Makower a. a. O. zu Art. 27 und Behrend a. a. O. S. 263 und 264. — „Der Gebrauch einer Firma — — liegt auch dann vor, wenn Jemand — — als Kaufmann dem gesammten Publikum unter einer Firma entgegentritt", z. B. durch Betreiben eines Handelsgewerbes in einem Hause mit der Aufschrift der Firma des früheren Eigenthümers. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 61. Die Bezugnahme auf den Art. 15 ist nicht passend. Denn dieser Artikel handelt von dem rechtmäßigen Gebrauch der Firma; Art. 27 dagegen vom unbefugten Gebrauch, also einem Mißbrauch. Was in dem einen Fall gilt, kann nicht auch für den anderen verlangt werden; denn das Gegentheil würde ja dahin führen, daß man schließlich sagen müßte, Art. 27 wäre nur im Fall eines rechtmäßigen Gebrauchs der Firma anwendbar.

Aktien oder Aktienantheile, welche auf Inhaber lauten, oder welche auf einen geringeren als den gesetzlich bestimmten Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen."[1]

In Betreff der Actiengesellschaft ist im H. G. B. Art. 207a (nebst Gesetz vom 11. Juni 1870) bestimmt:

„Die Aktien oder Aktienantheile müssen, wenn sie auf Namen lauten, auf einen Betrag von mindestens funfzig Vereinsthalern, wenn sie auf Inhaber lauten, auf einen Betrag von mindestens Einhundert Vereinsthalern gestellt werden. Bei Versicherungsgesellschaften müssen auch solche Aktien oder Aktienantheile, welche auf Namen lauten, auf einen Betrag von mindestens Einhundert Vereinsthalern gestellt werden.

Aktien oder Aktienantheile, welche auf einen geringeren Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet. — — — — — — — — — — —.

Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch von Promessen und Interimsscheinen."

Ferner heißt es im Art. 178 des H. G. B. in Verbindung mit dem Gesetz vom 11. Juni 1870:

„Vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister besteht die Kommanditgesellschaft als solche nicht. Die vor der Eintragung ausgegebenen Aktien oder Aktienantheile sind nichtig. Die Ausgeber sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

— — — — — — — — — — — — — — — — — —".

Ein Gleiches ist im Art. 211 des H. G. B. in Verbindung mit dem genannten Gesetz auch von der Actiengesellschaft verordnet.[2]

Zur Begründung der Klage wäre anzugeben:

1) in Betreff des Klägers, daß er Besitzer[3] sei;

---

[1] Der angegebene Betrag von 50 Thalern beruht auf dem Gesetz vom 11. Juni 1870; früher waren es 200 Thaler.

[2] Es ist zu beachten, daß in den Fällen der Art. 178 und 211 von Promessen und Interimsscheinen nicht die Rede ist. Vgl. Endemann a. a. O. §. 68 Note 14.

[3] Einerlei, ob erster oder folgender Besitzer. Vgl. Anschütz und v. Völderndorff a. a. O., 2. B. Heft 4 (Erlangen 1870), zu Art. 173 S. 412. Bei auf Namen lautenden Actien u. s. w. müßte aber doch der folgende Besitzer seinen rechtmäßigen Erwerb darlegen. Dabei könnte er sich u. A. auch auf Cession oder auf

2) in Betreff des Beklagten, daß er Ausgeber sei;

3) in Betreff des Gegenstandes, daß ein näher zu specificirender Schaden (mittelbarer wie unmittelbarer, negativer wie positiver) in Betracht komme;

4) in Betreff des Grundes, daß die Papiere nichtig seien, weshalb dies der Fall sei, daß sie dennoch ausgegeben und daß durch die Ausgabe der Schaden dem Kläger verursacht worden.

5) Der Antrag gehe auf Verurtheilung zum Schadensersatze, wobei mehrere Mitbeklagte solidarisch, mit Ausschluß der Rechtswohlthat der Theilung und Vorausklage[4], in Anspruch genommen werden können. — Bezüglich der Art des Schadens ist diese Klage nicht der Beschränkung der Aquilischen Klage, also nicht der, daß einer körperlichen Sache ein Schaden zugefügt sein müsse, unterworfen, sondern der actio doli gleich zu behandeln.

§. 305.

XI. Die Klagen aus dem Reichsgesetz über Markenschutz, vom 30. November 1874.[1]

Es sind namentlich hervorzuheben:

1) Die Klage eines inländischen (d. h. mit seiner Firma in das inländische Handelsregister eingetragenen — Busch a. a. O. 32. B. S. 94 —) Berechtigten oder eines Betheiligten gegen den Inhaber einer Firma auf Löschung eines Waarenzeichens (Löschungsklage).

2) Die Klage des inländischen Producenten oder Handeltreibenden gegen den Contravenienten auf ein Verbot, Waarenzeichen, Namen oder Firma des ersteren zu gebrauchen.

3) Die Klage desselben gegen denselben auf ein Verbot, die widerrechtlich bezeichneten Waaren in Verkehr zu bringen oder feil zu halten.

4) Die Klage desselben auf Entschädigung und Vernichtung.

5) Die Klage, betreffend die Waarenzeichen von Gewerbetreibenden, welche im Inlande eine in das inländische Handelsregister eingetragene Handelsniederlassung nicht besitzen, sowie die Namen oder die Firmen ausländischer Producenten oder Handeltreibenden.

Während die Klagen unter 1—3 weder einen Dolus noch eine

Indossation stützen, möchte letztere auf seinen Namen lauten oder in blanco erfolgt sein. H. G. B. Art. 182 und 223.

[4] H. G. B. Art. 281.

[1] Vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 1—98, enthaltend eine Abhandlung von Endemann über den Markenschutz nach dem Reichsgesetz vom 30. November 1874.

Culpa, sondern nur eine einfache Widerrechtlichkeit[2] erfordern, ist in Ansehung der Klage unter 4 ein Dolus nothwendig. Die Klage unter 5 kann jede der anderen 4 Klagen sein.

Zur Begründung dieser Klagen ist nun Folgendes zu bemerken:

Zu 1.[3]

a) Kläger sei als inländischer Berechtigter oder als Betheiligter activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als Inhaber der Firma, für welche ein Waarenzeichen in das Handelsregister eingetragen worden, passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich darum, daß Beklagter das Waarenzeichen löschen lasse.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger ausschließlich berechtigt oder mitbetheiligt sei und Beklagter im Widerspruch damit ein Waarenzeichen habe eintragen lassen.

„Das Recht, Waaren oder deren Verpackung mit einem für diese Waaren zum Handelsregister angemeldeten Zeichen zu versehen oder auf solche Art bezeichnete Waaren in Verkehr zu bringen, steht dem Inhaber derjenigen Firma, für welche zuerst die Anmeldung bewirkt ist, ausschließlich zu.“[4]

„Auf Waarenzeichen, welche landesgesetzlich geschützt sind, ferner auf solche Zeichen, welche bis zum Beginn des Jahres 1875 im Ver-

---

[2] Ueber die Widerrechtlichkeit in Ansehung der vorliegenden Klagen vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 65—75.

[3] Gesetz vom 30. November 1874 §§. 8—11. Vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 53—56. Das Gericht (natürlich nur das Registergericht) könnte auf Antrag auch ohne Klage löschen, brauchte sich hierauf aber nicht einzulassen. Wäre mit solcher Löschung der Impetrat nicht einverstanden, so könnte er gegen den Antragsteller auf Gestattung der Aufhebung der Löschung klagen. Die Zuständigkeit des Gerichts im Fall einer solchen Klage sowie auch bei der Klage des Textes ist nach den Vorschriften der C. P. O. zu beurtheilen. Der Registerrichter kann zuständig sein; ausschließlich zuständig ist er an sich nicht. Vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 54.

[4] Daselbst §. 8. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Anmeldung, nicht der der Eintragung. Die Anmeldung ist aber nur wirksam, wenn die gesetzlich erforderlichen Unterlagen — daselbst §§. 1—3 —, wie darzulegen ist, vollständig beigebracht sind. In dieser Hinsicht ist freilich eine spätere Nachholung des Versäumten statthaft, aber ohne rückwirkende Kraft. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 23. Die Eintragung entbindet den Kläger nicht von der Verpflichtung zur Substantiirung der beschafften Beibringung der Unterlagen. Daselbst Nr. 25. Vgl. im Uebrigen über die Anmeldung zum Zeichenregister und das vom Registerrichter zu beobachtende Verfahren s. w. d. a. Busch a. a. O. 34. B. S. 175—181.

kehr allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben, kann durch die Anmeldung außer den gesetzlich geschützten oder im Verkehr allgemein anerkannten Inhabern niemand ein Recht erwerben, sofern diese vor dem 1. Oktober 1875 die Anmeldung bewirken.“ [5]

„Auf Waarenzeichen, welche bisher im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden haben, oder deren Eintragung nicht zulässig ist, kann durch Anmeldung niemand ein Recht erwerben.“ [6]

Nach Maßgabe dieser Vorschriften ist die Berechtigung oder Betheiligung des Klägers näher darzulegen.

Wenn es sich nicht um die Eintragung desselben Waarenzeichens von Seiten mehrerer Firmeninhaber, auch nicht um die Eintragung eines bisher im Gebrauche aller oder gewisser Classen von Gewerbetreibenden befindlich gewesenen Waarenzeichens handelt, sondern um eine Eintragung, die gar nicht hätte stattfinden sollen; dann kann freilich Jeder klagen, aber doch nur ein Betheiligter, mithin nur der, welcher ein schutzbedürftiges rechtliches Interesse, klagbar zu werden, genügend darlegen kann.

e) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zu verurtheilen, das eingetragene Waarenzeichen löschen zu lassen.

Zu 2. [7]

a) Kläger sei als inländischer Producent oder Handeltreibender, dessen Waarenzeichen, Namen oder Firma zu schützen sei, activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als Contravenient, der auch „eine Firma, eine Gesellschaft als solche“ sein kann (Busch a. a. O. 32. B. S. 75), passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um ein Verbot, Waaren oder deren Verpackung mit einem für den Kläger nach Maßgabe des Gesetzes vom 30. November

---

[5] Daselbst §. 9. Ueber den Begriff des bestimmten Gewerbetreibenden vgl. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 24.

[6] Daselbst §. 10 Abs. 2.

Vgl. über den Begriff des im §. 10 berührten Freizeichens E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 24.

[7] Daselbst §. 13 Abs. 1.

„Der Schutz des §. 13 steht auch Kaufleuten minderen Rechts (H. G. B. Art. 10) zu.“ Behrend a. a. O. S. 193 Note 11. Denn der §. 13 spricht auch von dem Schutz des bloßen Namens. Handelt es sich um den Schutz des Waarenzeichens oder der Firma, so ist nur der ins Handelsregister eingetragene Inhaber der betreffenden Firma activ zur Sache legitimirt. Behrend a. a. O. S. 282 Note 54 a. Bloße Etiketten sind reichsgesetzlich nicht geschützt. Vgl. Endemann, Handelsrecht, §. 19 unter IV.

1874 zu schätzenden Waarenzeichen oder dem Namen oder der Firma des Klägers zu bezeichnen.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter Waaren oder deren Verpackung in der angegebenen Weise widerrechtlich bezeichnet habe[8], was näher darzulegen ist.

e) Angetragen werde demnach, Beklagten für nicht berechtigt zu erklären, die angegebene Bezeichnung zu gebrauchen.[9]

Zu 3.[10]

a und b) Die active und passive Sachlegitimation stimmen mit der zu 2 unter a und b hervorgehobenen überein.

c) Es handle sich um ein Verbot, die namhaft zu machenden Waaren in Verkehr zu bringen oder feil zu halten.

d) Der Grund der Klage sei der, daß Beklagter die nach Maßgabe der Angaben zu 2 widerrechtlich bezeichneten Waaren in Verkehr gebracht oder feilgehalten habe, mag dieses Bringen in den Verkehr oder Feilhalten noch fortgesetzt werden oder nicht und mag im letzteren Fall eine fernere solche Widerrechtlichkeit zu besorgen sein oder nicht.[11]

e) Der Antrag gehe dahin, Beklagten für nicht berechtigt zu erklären, so bezeichnete Waaren in Verkehr zu bringen oder feil zu halten.

Zu 4.[12]

a und b) Mit der activen und passiven Legitimation zur Sache verhält es sich, wie zu 2 und 3 angegeben ist; jedoch mit der Modification, daß, da nach dem folgenden Passus unter d Wissentlichkeit, also Dolus, erforderlich ist, nur eine physische Person Beklagter sein kann.[13]

---

[8] Vgl. auch §. 18 des Gesetzes. Nicht jede Bezeichnung von Waaren mit der facsimilirten Unterschrift einer fremden Firma ist als widerrechtlicher Gebrauch dieser Firma zu betrachten. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 37. Es kommt im einzelnen Falle auf die Umstände an. Vgl. auch E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 1 und 23. B. Nr. 47.

[9] Dieser Antrag entspricht den Worten des §. 13. Darin liegt ein Verbot. Die Klage ist nicht bloße Feststellungsklage. Es könnte nach dem Sinn des §. 13 auch ausdrücklich auf ein Verbot, mit oder ohne Strafandrohung, angetragen und erkannt werden. A. M. Endemann bei Busch a. a. O. 32. B. S. 75—78. Im Uebrigen gilt für die Zwangsvollstreckung die C. P. O. §§. 775 fg. Vgl. auch Thöl, Handelsrecht, 5. Auflage, 1. B. Abth. 2 (Leipzig 1876), §. 209 V; E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 59, und Behrend a. a. O. S. 282 Note 53.

[10] Daselbst §. 13 Abs. 2. — Die Bemerkungen der Note 9 gelten auch für die Klage zu 3.

[11] Vgl. über den Begriff des Bringens in den Verkehr und des Feilhaltens Busch a. a. O. 32. B. S. 71—73.

[12] Daselbst §§. 14—17.

[13] Vgl. oben §. 264 Note 4 und Busch a. a. O. 32. B. S. 84.

c) Es handle sich um Zahlung der zu specificirenden[14] Entschädigung[15] und um Vernichtung der Zeichen auf der Verpackung oder den Waaren, oder um Vernichtung der Verpackung oder der Waaren selbst.[16]

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter Waaren oder deren Verpackung wissentlich mit einem nach Maßgabe des Gesetzes vom 30. November 1874 zu schützenden Waarenzeichen oder mit dem Namen oder der Firma des Klägers widerrechtlich bezeichnet oder wissentlich[17] dergleichen widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr gebracht oder feil gehalten habe und daß dadurch dem Kläger der angegebene Schaden verursacht sei; und ferner bezw. darin, daß außerdem Beklagter im Besitz der fraglichen Waaren und daher gegen ihn auf Vernichtung der Zeichen auf der Verpackung oder den Waaren oder, weil die Beseitigung der Zeichen in anderer Weise nicht möglich sei, auf Vernichtung der Verpackung oder der Waaren zu erkennen sei.

e) Der Antrag gehe demnach dahin, zu erkennen, daß Beklagter dem Kläger die beanspruchte Entschädigung zu zahlen habe, bezw. auch die Zeichen auf der Verpackung und den Waaren oder die Verpackung und die Waaren selbst zu vernichten seien.

Zu 5.

„Auf Waarenzeichen von Gewerbetreibenden, welche im Inlande eine Handelsniederlassung nicht besitzen, sowie auf die Namen oder die Firmen ausländischer Produzenten oder Handeltreibenden finden, wenn in dem Staate, wo ihre Niederlassung sich befindet, nach einer in dem Reichs-Gesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung deutsche Waarenzeichen, Namen oder Firmen einen Schutz genießen[18], die Bestimmungen" (des Gesetzes

---

[14] Vgl. oben §. 17 unter I zu 1 H a. E. unter c und §. 16 des Gesetzes.

[15] Wegen einer in der gewöhnlichen Weise möglichen Buße bis 5000 Mark s. §. 15 des Gesetzes und oben §. 267 Note 3.

[16] Die Ansicht Endemann's bei Busch a. a. O. 32. B. S. 89 fg., daß die Vernichtung niemals im Civilverfahren ausgesprochen werden könne, ist gegen den Wortlaut und Sinn der §§. 14 und 17 des Gesetzes. Danach kann sowohl bei der Civilklage auf Entschädigung, als bei der Strafanklage, im Fall der Verurtheilung auf Grund des §. 14 mit auf Vernichtung angetragen werden.

[17] Die Ansicht Endemann's (Busch a. a. O. 32. B. S. 79), daß für diesen Entschädigungsanspruch auch Culpa genüge, ist gegen die Worte des Gesetzes und gegen die Regel, daß es, abgesehen von dem einem corpus zugefügten Schaden, keine allgemeine Entschädigungsklage wegen einer positiven culposen Handlung gibt.

[18] S. z. B. Bekanntmachung, betreffend die Uebereinkunft mit Dänemark wegen gegenseitigen Markenschutzes, vom 4. April 1879; mit den Niederlanden wegen gegenseitigen Schutzes der Waarenzeichen, vom 19. Januar 1882; mit Rumänien wegen gegenseitigen Markenschutzes, vom 27. Januar 1882.

vom 30. November 1874) „Anwendung, jedoch in Ansehung der Waarenzeichen (§. 1) mit folgenden Maßgaben:

1) die Anmeldung eines Waarenzeichens hat bei dem Handelsgerichte in Leipzig mit der Erklärung zu erfolgen, daß sich der Anmeldende für Klagen auf Grund" (des Gesetzes vom 30. November 1874) „der Gerichtsbarkeit des genannten Gerichts unterwirft;

2) mit der Anmeldung ist der Nachweis zu verbinden, daß in dem fremden Staate die Voraussetzungen erfüllt sind, unter welchen der Anmeldende dort einen Schutz für das Zeichen beanspruchen kann;

3) die Anmeldung begründet ein Recht auf das Zeichen nur insofern und auf so lange, als in dem fremden Staate der Anmeldende in der Benutzung des Zeichens geschützt ist."[19]

Wenn auf Grund dieser Bestimmungen die Klage zu 1 gegen den Ausländer erhoben würde, müßte Kläger u. A. hervorheben, daß Beklagter die Anmeldung seines Waarenzeichens bei dem Handelsgericht in Leipzig mit der Erklärung beschafft habe, daß er sich für Klagen auf Grund des genannten Gesetzes der Gerichtsbarkeit dieses Gerichts unterwerfe.[20]

In Betreff der Klagen zu 2, 3 und 4 wäre insbesondere u. A. zu bemerken, daß in dem Staate, wo Klägers Niederlassung sich befinde, Deutsche Waarenzeichen, Namen und Firmen nach der erwähnten Bekanntmachung[21] einen Schutz genössen und daß bei Waarenzeichen die Erfordernisse der Ziffern 1 und 2 erfüllt seien.

Vgl. auch Landgraf, Das Deutsche Reichsgesetz, betreffend den Markenschutz (Stuttgart 1875), zu §. 20 Nr. 3.

[19] Daselbst §. 20. Eine Ausschließlichkeit der Zuständigkeit des unter Ziffer 1 genannten Gerichts ist nicht angeordnet. Busch a. a. O. 32. B. S. 97.

[20] Für Klagen gegen Contravenienten von Seiten des ausländischen Producenten oder Handeltreibenden ist das gewöhnliche Gericht zuständig. — „Der Ausländer, welcher vor dem 1. October 1875 sein Waarenzeichen angemeldet hat, kann seinen Besitzstand (§. 9 des Markenschutzgesetzes) auch solchen Anmeldungen gegenüber geltend machen, die vor Bekanntmachung des betreffenden Staatsvertrages im Reichsgesetzblatte erfolgt sind." E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 8.

[21] „Wenn im Reichsanzeiger bekannt gemacht ist, daß in einem bestimmten Auslande deutsche Waarenzeichen, Namen und Firmen einen Schutz genießen, so kann sich Niemand auf die Unkenntniß dieses Umstandes berufen." Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals in Straf-Sachen, 20. B. (Berlin 1879), S. 130. Diese auch für Civilsachen geltende Regel würde gleichfalls in Ansehung des bei der Klage zu 4 angegebenen Erfordernisses der Wissentlichkeit gelten müssen, so daß eine sonst vorliegende Wissentlichkeit nicht durch eine Unkenntniß jenes Umstandes aufgehoben werden könnte.

§. 306.
XII. Die Popularklagen.[1]

Actiones publicae oder populares oder Interdicte dieser Art konnte nach Römischem Recht Jeder, welcher für Andere im Proceß auftreten durfte, als Vertreter des Staats anstellen. In diesem Umfange sind 'sie jetzt unpraktisch. Sie konnten aber auch gerade vorzugsweise von dem angestellt werden, welcher verletzt war, und zwar auch dann, wenn er sie sonst nicht hätte anstellen können und insbesondere auch mit der vorzugsweise auf Beseitigung der Verletzung des Klägers gerichteten Wirkung.[2] In dieser Ausdehnung sind sie heutigen Tages subsidiär noch anwendbar (vgl. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 139) und müssen deshalb hier berücksichtigt werden. Die Activlegitimation des Klägers erscheint somit gewissermaßen bei allen folgenden Popularklagen als ein Hauptpunkt. Die jetzt erforderliche Verletzung des Klägers ist aber möglichst weit zu interpretiren. Der Ausdruck „Popularklage" paßt freilich gegenwärtig nicht mehr, kann aber als historisch begründet gerne beibehalten werden. Die ausgedehnte Anwendbarkeit der praescriptio rei judicatae bei den Popularklagen nach Römischem Recht fällt jetzt weg.

Soweit die Popularklagen auch Pönalklagen sind, kann kein Gebrauch mehr davon gemacht werden. Deshalb ist nicht anwendbar z. B. die actio de effusis vel dejectis wegen Tödtung eines Menschen auf 50 aurei, die actio de positis vel supensis auf 10 solidi, die actio sepulchri violati auf Geldstrafe u. d. m.

Alle Popularklagen gehen nicht passiv gegen die Erben und verjähren in Einem Jahre.[3]

Die hier namentlich in Betracht kommenden Klagen[4] und deren Begründungen sind folgende:

---

[1] Vgl. unten §. 311 und bezüglich der Subsidiarität oben §. 9 unter O.

[2] L. 42 pr., l. 45 §. 1 D. de proc. et def. (3; 3). L. 5 §. 5 D. de his, qui eff. v. dej. (9; 3). L. 6 D. ne quid i. l. p. f. (43; 8). L. 3 §. 11 D. de hom. lib. exh. (43; 29). L. 3 §. 1, l. 6 de popularibus actionibus (47; 23). L. 3 §. 1 lautet: „In popularibus actionibus is, cujus interest, praefertur". L. 6 sagt: „Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat".

[3] L. 8 D (47; 23).

[4] Im Allgemeinen ist darauf hinzuweisen, daß die gesetzlichen Vorschriften über die folgenden Klagen dieses Paragraphen ziemlich mangelhaft sind, so daß auch manche Bestimmungen, die nur bei einzelnen derselben angegeben sind, nach den Grundsätzen über Gesetzesanalogie ausgedehnt werden müssen. Vgl. z. B. das zu 4 b Angegebene. Es ist bei den im §. 306 aufgeführten Popularklagen entsprechend dem Röm. Recht — l. 2 §. 2 D. de interdictis s. e. a. (43; 1) — nur der petitorische Schutz berücksichtigt. Nach heutigem Recht dürfte aber auch possessorisch

1. Interdictum, ne quid in loco sacro fiat.

a) Kläger sei der Verletzte.

b) Beklagter sei der Verletzer.

c) Der Gegenstand betreffe theils die Herstellung des früheren Zustandes, theils ein Verbot fernerer Störungen.[5]

d) Der Grund bestehe darin, daß an einem locus sacer oder sanctus in bleibender Weise[6] etwas Nachtheiliges mit Einfluß des Bewohnens vorgenommen (eine deformitas, ein incommodum oder damnum herbeigeführt) sei oder werde.[7]

e) Der Antrag ergibt sich aus dem zu c Bemerkten.

2. Interdictum, ne quid in loco publico vel itinere fiat.[8]

a) Kläger sei der Verletzte oder Bedrohte.[9]

b) Beklagter sei der Verletzer.

c) Der Gegenstand gehe auf ein Verbot fernerer Störungen[10]; sodann beim Privatinterdict unter Umständen auf Sicherheitsleistung[11] und

---

geklagt werden können. Ich denke dabei an den Fall, daß die Eigenschaft des locus als sacer u. s. w. bestritten wird, aber thatsächlich bisher geltend gemacht und ausgeübt ist. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 199. Ob Kläger in einem Recht oder im Besitz verletzt werde, scheint mir für die Popularklagen des §. 306 in Ansehung seiner Activlegitimation auch beim Petitorium unerheblich zu sein.

[5] L. 2 §. 19 D. ne quid i. l. p. f. (43; 8). Schadensersatz kann nur von der Zustellung der Klage an verlangt werden — l. 75 D. de V. S. (50; 16) —, ungeachtet der l. 81 D. (50; 16), weil es sich um ein Popularinterdict handelt.

[6] Es ist bei den unter 1—8 genannten Interdicten eine bleibende Aenderung, im Gegensatz gegen eine völlig ohne Hinterlassung von Spuren vorübergehende Handlung, erforderlich.

[7] L. 1—3 D. ne quid in loco sacro fiat (43; 6).

[8] Dieses Interdict war nach Röm. Recht nicht ausschließlich ein interdictum publicum, sondern konnte auch lediglich ein privates sein. Es war ein Popularinterdict (l. 1 pr. D. de interdictis s. e. a. [43; 1]; l. 1 D. de loc. et itin. publ. [43; 7]; l. 2 §. 2 D. ne quid in loco publico vel itinere fiat [43; 8]), sofern der usus publicus bedroht wurde; ein Privatinterdict, sofern ein Einzelner beschädigt wurde (l. 2 pr. §. 1—19, l. 6 D. [43; 8], welche Stellen lediglich vom Privatinterdict handeln, wie das Wort „illi" in l. 2 pr. §. 10 u. s. w. schon ergibt).

Eine besondere, im Text wegen ihrer Unerheblichkeit nicht besonders berührte, jetzt übrigens noch praktische Klage in Ansehung des locus publicus ergibt sich aus l. 5 D. (43; 8): „Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut de noxa domino caveatur."

[9] L. 2 §. 8, 10, 11, 12, 14 D. (43; 8).

[10] L. 2 §. 1 und 2 D. (43; 8). Dies Interdict ist nur prohibitorisch; nicht, wie das vorige, auch restitutorisch. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 141.

[11] L. 2 §. 18 D. (43; 8).

Ersatz des erlittenen Schadens[12]; dagegen allgemein nicht auch Herstellung des früheren Zustandes.[13]

d) Der Grund bestehe darin, daß Beklagter an einem öffentlichen, für den usus publicus bestimmten Orte (Platz, Weg, Gebäude, Meer, Meeresufer u. s. w.)[14] etwas vornehme[15], was ihm nicht gestattet[16] und wodurch beim interdictum publicum der usus publicus, insbesondere auch das Interesse des Klägers beeinträchtigt, bezw. beim Privatinterdict der Kläger widerrechtlich beschädigt sei oder werde.[17]

e) Der Antrag ergibt sich aus dem zu c Bemerkten.

3. Interdictum prohibitorium, ne quid in via publica itinereve publico fiat.

a) Kläger sei als Benachtheiligter activ,

b) Beklagter als Thäter oder in Folge seines Rechts, den Thäter zu hindern[18], passiv

zur Sache legitimirt.

---

[12] Beim int. publicum konnte nur Ersatz des nach der Klagerhebung entstandenen Schadens verlangt werden.

[13] L. 2 §. 17 D. (43; 8). Die Restitution kann aber obrigkeitlich erzwungen werden, in welcher Hinsicht jedoch bei Gebäuden mit Nachsicht verfahren werden soll. L. 2 §. 17, l. 4, l. 7 D. (43; 8). L. 50 D. de acq. r. dom. (41; 1).

[14] L. 2 §. 3—5 D. (43; 8). Stadtwege sind nicht ausgeschlossen. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 140.

[15] Z. B. baue, reparire, ausdämme. Hinderung am piscari aut navigare in mari, ludere in campo publico, lavare in publico balineo, spectare in theatro u. d. m. genügt nicht, sondern begründet die actio injuriarum. L. 2 §. 9 D. h. t.

[16] L. 2. §. 10 und 16 D. (43; 8). Eine ertheilte obrigkeitliche Erlaubniß ist im Zweifel so aufzufassen, daß Dritte nicht verletzt werden dürfen.

Dies dürfte sich sowohl auf Privatrechte, als auch auf die blos durch den usus publicus begründeten Rechte Dritter beziehen. Erstere können freilich durch die Erlaubniß überall nicht beeinträchtigt werden und somit, könnte man meinen, beziehe sich die erwähnte Interpretation lediglich auf letztere. Indessen das plus enthält auch das minus und dies würde hier Entschädigungsansprüche dessen, dem die Erlaubniß ertheilt ist, gegen die erlaubende Behörde abschneiden. Wenn die Erlaubniß auch die Rechte Dritter beseitigen soll, würde bei den lediglich durch den usus publicus begründeten Rechten Dritter von Seiten dieser gegen die Behörde u. s. w. ein mittels Klage verfolgbarer Entschädigungsanspruch nicht gerechtfertigt, vielmehr nur eine administrative Beschwerde statthaft sein. Vgl. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 243.

[17] Z. B. ihm die Aussicht, der Zugang zu seinem Grundstück, das Licht beschränkt würde. L. 2. §. 10—15 D. (43; 8).

[18] L. 2 §. 28 D. (43; 8). Dem Thäter steht hier, wie überhaupt der Regel nach immer, der, welcher durch einen Anderen für sich hat handeln lassen, und der Ratihabent gleich. Vgl. unten §. 307 Note 1.

c) Es handle sich um ein Verbot fernerer Störungen[19], bezw. um ein Gebot, gegen den Thäter einzuschreiten;

d) weil Beklagter einen öffentlichen Weg, und zwar eine via rustica[20], schlechter mache[21a] oder den Thäter rechtlich durch Klagerhebung daran hindern könne, aber dies nicht thue[21b] und Kläger dadurch benachtheiligt sei oder werde benachtheiligt werden[21c], woran dann

e) der dem zu c Bemerkten entsprechende Antrag zu knüpfen ist.

4. Dasselbe interdictum als restitutorisches.

a) Kläger sei als Benachtheiligter activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als Thäter[22], Urheber[23], Ratihabent[24], vorausgesetzt, daß er besitze oder habe[25] oder dereliquirt habe, in welchem letzteren Fall das Interdict utiliter anwendbar ist[26]; ferner als solcher, cujus dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet[27], oder als solcher, der das factum habe und patientia prästiren könne[28], passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Wiederherstellung des früheren Zustandes, eventuell Leistung des Interesses[29];

---

[19] L. 2 §. 20 D. (43; 8). Aus l. 2 §. 34 D. (43; 8) folgt nicht, daß auch auf das Interesse geklagt werden könne. Nur wenn dem Verbot nicht Folge geleistet wurde, kam es zur Verurtheilung in das Geldinteresse, also das Interesse, welches Kläger an der Befolgung des Verbots hatte. Jetzt würde das Verbot auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durchgeführt werden können und nur eventuell das Interesse an die Stelle treten. Bei allen in dem vorliegenden §. 306 behandelten Popularklagen ist ein Anspruch auf Ersatz eines Schadens nur insofern begründet, als er nach Zustellung der Klage eingetreten oder an die Stelle des eigentlichen Judicats zu setzen oder vom fingirten Besitzer an Stelle des gewöhnlichen sonstigen Judicats zu entrichten ist.

[20] Servitutenwege, Straßen in den Städten und Vicinalwege, welche einzelne Grundbesitzer oder Gemeinden in ihrem Interesse hergestellt haben, genügen nicht. L. 2 §. 21—24 D. (43; 8).

[21a] Z. B. durch Anlegung einer Cloake, Nichtabnahme von Wasser, Zuleitung von Wasser oder schlechtem Geruch, ein Abweiden u. d. m. L. 2 §. 26—30 und 32 D. (43; 8).

[21b] L. 2 §. 28 D. (43; 8).

[21c] L. 2 §. 20 und 31 D. (43; 8).

[22] L. 2 §. 43 D. (43; 8).

[23] L. 2 §. 43 D. (43; 8) in den Worten „vel jussu ejus alius". Urheber ist also hier nicht jeder Anstifter, sondern nur der, welcher für sich hat handeln lassen.

[24] L. 2 §. 43 D. (43; 8).

[25] L. 2 §. 37 D. (43; 8).

[26] L. 2 §. 39 D. (43; 8).

[27] L. 2 §. 42 D. (43; 8).

[28] L. 2 §. 43 D. (43; 8).

[29] L. 2 §. 36 und 44 D. (43; 8).

d) weil an einem öffentlichen Wege[30] etwas vorgenommen worden[31], wodurch derselbe schlechter gemacht sei oder werde[32] und Kläger benachtheiligt sei oder werde, so daß

e) Beklagter als Thäter, Anstifter oder Ratihabent zur Wiederherstellung des früheren Zustandes auf seine Kosten; als fingirter Besitzer zur Leistung des Interesses; als bloßer sonstiger Inhaber des Opus dazu, daß er die Wiederherstellung des früheren Zustandes auf Kosten des Klägers dulde, zu verurtheilen sei.[33]

5. Interdictum prohibitorium, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.[34]

a) Kläger sei der Bedrohte.

b) Beklagter sei der Thäter.

c) Es handle sich um ein Verbot[35] der Anlage.

d) Der Grund bestehe darin, daß Beklagter an einem öffentlichen[36] Fluß oder dessen Ufer[37] oder im Meere oder am Meeresufer[38] eine

---

[30] S. Note 20 zu 3.

[31] Es braucht nicht gerade ein mit dem öffentlichen Wege fest zusammenhängendes Opus zu sein; z. B. ist das Interdict auch anwendbar, wenn mein Baum auf den Weg gefallen ist und ich ihn nicht derelinquirt habe. L. 2 §. 40 D. (43; 8).

[32] L. 2 §. 35 D. (43; 8).

[33] L. 2 §. 43 D. (43; 8).
L. 3 §. 1 D. (43; 11).

[34] Vgl. zu 5—8, C. und D. auch Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 61; Seuffert's Archiv 30 B. Nr. 114, und vorzugsweise Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte, in Ihering's Jahrbüchern 7. B. S. 181 fg. und 257 fg.

[35] L. 1 pr. D. de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur (43; 12).

[36] L. 1 §. 4 D. (43; 12). Die flumina perennia (im Gegensatz gegen torrentia) sind öffentliche. L. 1 §. 3., l. 3 pr. D. h. t.

[37] L. 1 pr. D. (43; 12). Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 2. Ein rivus (künstlicher, nur Sonderinteressen dienender Bach) genügt nicht. L. 1 §. 1 D. (43; 12). Eine insula in flumine publico nata genügt natürlich auch nicht, sofern sie nicht als Flußufer in Betracht kommt. L. 1 §. 6 D. (43; 12). Wohl aber eine fossa, per quam fluit publicum flumen. L. 1 §. 8 D. (43; 12). Ob der Fluß schiffbar ist oder nicht, ist gleichgültig. L. 1 §. 12 und 18 D. (43; 12). Es muß aber auch bei nicht schiffbaren Flüssen die statio oder navigatio (mit Einschluß der Flößerei) deteriorirt werden, z. B. in Folge ihrer Verbindung mit schiffbaren Flüssen. Wenn nicht, so ist das vorliegende Interdict nicht anwendbar, wohl aber überhaupt ein prohibitorisches Interdict gegen den, welcher denjenigen, der den früheren Zustand auf seine Kosten herstellen will, stört. L. 1 §. 12 D. (43; 12).

[38] L. 1 §. 17 D. (43; 12).

die Schiffahrt oder Flößerei mit Einschluß der Benutzung des dazu dienenden Weges ganz oder theilweise störende Anlage[39] errichte und Kläger dadurch beeinträchtigt sei oder werden würde.

e) Der Antrag gehe auf Verbot der Anlage.

6. Dasselbe interdictum als restitutorisches.

a) Kläger sei der Verletzte.

b) Beklagter sei der Besitzer (qui factum vel immissum habet)[40].

c) Es handle sich um Wiederherstellung des früheren Zustandes.[41]

d) Der Grund bestehe darin, daß an einem öffentlichen Fluß oder dessen Ufer oder im Meere oder am Meeresufer eine die Schiffahrt oder die Flößerei störende (die statio oder das navigium schlechter machende) Anlage errichtet worden.[42]

e) Der Antrag gehe auf Verurtheilung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes auf Kosten des Beklagten, wenn er der Thäter ist; auf Gestattung jener Wiederherstellung auf Kosten des Klägers, wenn Beklagter nicht der Thäter ist.[43]

7. Interdictum prohibitorium, ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit.

a) Kläger sei der Bedrohte.

b) Beklagter sei der Thäter.[44]

c) Es handle sich um ein Verbot[45];

d) weil Beklagter an dem öffentlichen[46] Fluß oder dessen Ufer eine

---

[39] L. 1 §. 12—15 D. (43; 12). Es heißt: „quo deterior statio et navigatio fiat."

Ueber den Leinpfad vgl. Elvers, Themis, 2. B. Heft 2 (Göttingen 1829), S. 308—333.

[40] L. 1 §. 22 D. (43; 12).

[41] L. 1 §. 19 und 20 D. (43; 12).

[42] L. 1 §. 20 D. (43; 12).

[43] Vgl. l. 2 §. 43 D. (43; 8).

[44] L. 1 §. 9 D. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit (43; 13).

[45] L. 1 §. 12 D. (43; 13).

[46] Die Schiffbarkeit ist ganz gleichgültig. L. 1 §. 2 D. (43; 13): „Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt".

Anlage mache, wodurch der Lauf des Wassers im Verhältniß zum Lauf im vorigen Sommer[47] eine Veränderung erlitten habe oder erleiden würde.[48]

e) Der Antrag gehe auf Erlassung eines Verbots.

8. Dasselbe interdictum als restitutorisches.[49]

a) Kläger sei als Verletzter activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als Besitzer oder als Thäter, der dolo malo zu besitzen aufgehört habe, passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Wiederherstellung des früheren Zustandes, bezw. Leistung des Interesses und Gestattung der Wiederherstellung;

d) weil an dem öffentlichen Fluß oder dessen Ufer eine den Lauf des Wassers im Verhältniß zum Lauf im vorigen Sommer verändernde Anlage gemacht und dadurch Kläger verletzt sei.

e) Der Antrag werde dahin gerichtet, daß Beklagter als Thäter verurtheilt werde, den früheren Zustand auf seine Kosten wieder herzustellen und, sofern er dolo zu besitzen aufgehört hat, das Interesse, welches Kläger an der Wiederherstellung habe, ihm zu erstatten, als bloßer Besitzer aber es nur zu dulden habe, daß Kläger auf eigene Kosten den früheren Zustand herstelle.

Die schon nach Römischem Recht bei den Interdicten unter 5 und 6 ausgeschlossene exceptio, quod ejus ripae muniendae causa non fiat, — l. 1 §. 16 D. (43; 12); l. 1 pr. D. de ripa munienda (43; 15) — ist gegen die beiden letzten Interdicte unter 7 und 8 jetzt auch nicht anwendbar. Nach Römischem Recht war sie bei ihnen zulässig, wenn durch die Munition kein Schaden verursacht wurde.[50] Ohne solchen würde aber jetzt Kläger überall nicht legitimirt sein.

9. Interdictum de libero homine exhibendo.

Dasselbe ist durch die Behauptungen zu begründen:

a) Kläger habe ein rechtliches Interesse an der Exhibition, z. B. als naher Verwandter, Verlobter, Dienstherr, Lehrherr u. s. w.[51]

---

[47] Klagt man im Winter, so ist nicht der letzte Sommer, sondern der diesem vorhergehende die prior aestas.

L. 1 §. 8 D. (43; 13).

[48] L. 1 §. 3—5 D. (43; 13). Vgl. auch H. A. v. 1862, S. 167—172.

[49] L. 1 §. 11—13 D. (43; 13).

[50] L. 1 §. 6 und 7 D. (43; 13).

[51] L. 3 §. 9—12 D. de libero homine exhibendo (43; 29).

Ohne Grund wird von Einigen, z. B. Arndts a. a. O. 339 Anm. 3, das

b) Beklagter retinire einen (nach Römischem Recht freien) Menschen.[52]

c) Es handle sich um Exhibition desselben.[53]

d) Der Klagegrund bestehe darin, daß Beklagter den Menschen dolo malo retinire.[54]

e) Demnach werde beantragt, Beklagten zur Exhibition zu verurtheilen.

Anhangsweise sind noch einige Interdicte hervorzuheben, die mit den meisten Popularklagen nicht blos darin übereinstimmen, daß sie nur eine einfache Widerrechtlichkeit erfordern, sondern auch darin, daß sie sich auf die Benutzung öffentlicher Grundstücke beziehen. Sie unterscheiden sich aber von den Popularklagen dadurch, daß wir es bei jenen mit einem bestimmten Kläger, der allerdings möglicherweise jeder aus dem Volke sein kann, zu thun haben. Eine Subsidiarität möchte ich bei ihnen nicht annehmen, auch nicht die Ausschließung des Anspruchs auf Ersatz des vor der Klagerhebung dem Kläger verursachten Schadens. Denn die Klage ist von Vorne herein ein unzweifelhaftes Recht des Klägers und die Verletzung ist gerade gegen ihn ausschließlich gerichtet. Die bezüglichen Klagen, zu denen außer den nachstehenden auch das oben unter 2 behandelte interdictum, ne quid in loco publico vel itinere fiat, theilweise gehört, und deren Begründungen sind folgende:

A. Interdictum de via publica et itinere publico reficiendo.

a) Kläger sei der Ausbesserer.[55]

b) Beklagter sei der Störende.

---

vorliegende Inderdict heut zu Tage als privatrechtliche Klage für unpraktisch angesehen; wie er denn überhaupt die Röm. Popularklagen für jetzt nicht mehr üblich hält.

A. a. O. §. 100 unter 5 und §. 332.

[52] Ob der Retinirte sui oder alieni juris ist, kommt nicht in Betracht. L. 3 §. 1 D. h. t.

[53] L. 1 pr., l. 3 §. 8 D. h. t.

[54] L. 1 pr. D. h. t. Ein Dolus liegt nicht vor:
wenn der paterfamilias retinirt (l. 3 §. 2 D. h. t.); wenn der, welcher den in feindliche Gefangenschaft Gerathenen ausgelöst hat, ihn bis zur Erstattung oder bis zum Erlaß des Lösegeldes retinirt (l. 3 §. 3 D. h. t.), was jetzt nicht mehr praktisch ist; wenn Jemand einen Menschen aus gerechtem Grunde zurückhält, etwa der Vater den unmündigen, wenn auch nicht in seiner Gewalt befindlichen Sohn, der Vormund den bevormundeten Wahnsinnigen (l. 3 §. 4 D. h. t.); wenn die Retention mit Willen des Retinirten geschieht, seine Einwilligung möchte denn etwa dolo malo erschlichen sein (l. 3 §. 5 D. h. t.).

[55] L. 1 pr. §. 3 D. de via publica et itinere publico reficiendo (43; 11).

c) Es handle sich um ein Verbot fernerer Störungen[56] und Schadensersatz, d. i. Leistung des Interesses, der omnis causa seit der Störung.

d) Der Grund bestehe darin, daß Kläger den öffentlichen Weg[57], ohne ihn zu verschlechtern, ausbessere (mit Einschluß der Wiederherstellung der früheren Höhe und Breite und des Reinigens) und er darin gestört werde.[58]

e) Der Antrag gehe auf Erlassung eines Verbots fernerer Störung und Verurtheilung zum Schadensersatz.

B. Das prohibitorische Interdict wegen Störung im Gebrauch eines öffentlichen Weges.[59]

Ein öffentlicher Weg kann der Bestimmung für den öffentlichen Gebrauch gemäß von Jedem zum ire, agere benutzt werden. Wird er daran gehindert, so hat er ein prohibitorisches Interdict auf ein Verbot fernerer Störung und Schadensersatz.

Verschieden hiervon ist der Fall, wenn an einem öffentlichen Wege ein Privatbesitz erlangt sein und dessen Schutz mittels Klage erwirkt werden soll. Ob das möglich sei, ist streitig. Indessen läßt sich die Möglichkeit mit Grund nicht bezweifeln.[60]

C. Interdictum prohibitorium de ripa munienda.

a) Kläger sei als Interessent[61] activ,

b) Beklagter als Störer passiv,

zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um ein Verbot fernerer Störung[62], unter Um-

---

[56] L. 1 pr. §. 3 D. h. t.

[57] S. Note 20 zu 3.

[58] L. 1 pr. §. 1 und 2 D. h. t.

L. 2 §. 40 D. ne quid i. l. p. f. (43; 8). Eine Veränderung ist nach l. 1 §. 2 cit. keine Ausbesserung.

[59] L. 2 §. 45 D. (43; 8). L. 2 §. 1 D. de interdictis s. e. a. (43; 1).

L. 1 §. 1 D. ut in flum. publ. nav. lic. (43; 14). Der Weg kann auch ein städtischer sein. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 140.

[60] Die l. 25 D. quemadmod. serv. am. (8; 6) spricht nur von dem Fall, wenn der Weg als öffentlicher benutzt ist. Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 89. Dieser Fall ist im Zweifel anzunehmen; auch müßte eine privatrechtliche Ausübung thatsächlich genügend substantiirt werden. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 95. S. auch Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts von Rassow und Küntzel, XXIV. Jahrgang, S. 96 und 97.

[61] L. 1 pr. D. de ripa munienda (43; 15).

[62] L. 1 pr. D. h. t.

ständen auch Leistung einer s. g. cautio de non amplius turbando und Ersatz des zu specificirenden Schadens.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger das Ufer eines öffentlichen Flusses (oder lacus, fossa und stagnum)[63] ohne Beeinträchtigung der Schiffahrt[64] ausbessern oder befestigen[65] wolle und er darin vom Beklagten gestört werde.

e) Demnach werde ein den Bemerkungen unter c entsprechender Antrag gestellt.

Beklagter kann excipiren, daß er durch die Anlage in seinen Gerechtsamen verletzt werde oder solches zu besorgen und im letzteren Fall ihm daher zunächst eine cautio damni infecti oder nach der Qualität der Person eine satisdatio (jetzt auch eine sonstige genügende Realcaution) auf 10 Jahre zu leisten sei.[66] Der letztere Einwand kann durch die Replik, daß Kläger die Caution zu leisten bereit sei, beseitigt werden.

D. Interdictum prohibitorium, ne vis fiat, quo minus in flumine publico navigare liceat.

Die Benennung dieses Interdicts ist im Wesentlichen der Ueberschrift des tit. D. (43; 14) entnommen. Die Anwendbarkeit desselben ist aber eine viel weitere, als der Ausdruck vermuthen läßt.

Zur Begründung ist Folgendes hervorzuheben:

a) daß Kläger als rechtlich interessirt activ zur Sache legitimirt sei;

b) daß Beklagter als Störer passiv zur Sache legitimirt sei;

c) daß es sich um ein Verbot fernerer Störung, sammt Leistung einer Caution wegen Unterlassung fernerer Störung unter Umständen, und Schadensersatz handle;

d) daß die Klage deshalb gerechtfertigt sei, weil es sich um ein flumen publicum, einen lacus publicus, eine fossa publica oder ein stagnum publicum oder deren Ufer handle[67]; ferner es sich um eine entweder einem Jeden gestattete Benutzung, z. B. das Beschiffen, das Flößen, das Laden und Löschen, das Treiben des Viehs zur Tränke u. d. m.[68], oder um eine gerade nur dem Kläger zustehende Benutzung, z. B. das

---

[63] L. 1 pr. §. 6 D. h. t.

[64] L. 1 §. 2 D. h. t.

[65] L. 1 pr. §. 3 D. h. t.

[66] L. 1 pr. §. 3 D. h. t.

[67] L. 1 pr. §. 1—6 D. ut in flumine publico navigare liceat (43; 14).

[68] L. 1 pr. §. 8 D. h. t. L. 1 pr. lautet: „Praetor ait: quo minus illi in flumine publico navem, ratem agere, quove minus per ripam onerare, exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat, interdicam".

Fischen von Seiten des Klägers als Pächters (publicanus), handle[69]; sodann der Beklagte den Kläger an der Ausübung seiner Rechte gehindert habe;

e) daß demnach um Verurtheilung dem zu c Bemerkten entsprechend gebeten werde.

---

d. Obligationen wegen Dolus, Culpa und einfacher Widerrechtlichkeit eines Anderen, als des Schuldners.[1]

§. 307.

I. Die Klagen wegen der subsidiarischen Haftung Dritter bei Zollvergehen und Zuwiderhandlungen gegen die Braumalzsteuer- und die Branntweinsteuergesetze.

Die nachstehenden Gesetze:

1) das Preußische Gesetz wegen Untersuchung und Bestrafung der Zollvergehen, unterm 23. Januar 1838 erlassen[2];

2) das Bundesgesetz wegen Besteuerung des Braumalzes in verschiedenen zum Norddeutschen Bunde gehörenden Staaten und Gebietstheilen, vom 4. Juli 1868;

3) das Bundesgesetz, betreffend die Besteuerung des Branntweins in verschiedenen zum Norddeutschen Bunde gehörenden Staaten und Gebietstheilen, vom 8. Juli 1868;

4) das Bundesgesetz[3], betreffend die subsidiarische Haftung des

---

[69] L. 1 §. 7 D. h. t. Auch der Pächter eines städtischen Gewässers hat das Interdict. Vgl auch oben §. 301.

[1] Man könnte in diesen Fällen, sofern ein principaler Schuldner vorhanden ist, wohl von einer gesetzlichen Bürgschaft sprechen. Vgl. auch l. 2 pr. D. ad. mun. (50; 1).

Da jedoch keineswegs immer die Grundsätze der vertragsmäßigen Bürgschaft dabei gelten, z. B. im Zweifel nicht die über die Rechtswohlthat der Theilung und Vorausklage, sondern nur, soweit sie in einzelnen Hinsichten naturgemäß oder eingeführt sind, so ist mit jenem Gesichtspunkt nicht viel gewonnen.

Verschieden von den Obligationen unter d ist der Fall, wenn ein Dritter, für welchen ein Anderer ohne Auftrag eine unerlaubte Handlung begangen hat, solche genehmigt. Er haftet dann. L. 2 D. de cal. (3; 6). L. 2 §. 43 D. ne quid i. l. p. f. (43; 8). L. 1 §. 14, l. 3 §. 10 und 11 D. de vi (43; 16). L. 13 §. 6 D. quod vi a. clam (43; 24). L. 152 §. 2 D. de R. J. 50; 17).

Daß bei den vorliegenden, die Brücke von den Delictsobligationen zu denen ex variis causarum figuris bildenden Obligationen die über erstere geltenden Grundsätze nicht immer ganz zur Anwendung gebracht werden, ist natürlich.

[2] S. auch Preußische Gesetzsammlung von 1867, Nr. 6758—6760.

[3] Dasselbe gilt nicht für Bayern, Württemberg, Baden und Elsaß-Lothringen.

Brauerei-Unternehmers für Zuwiderhandlungen gegen die Braumalzsteuergesetze durch Verwalter, Gewerbsgehülfen und Hausgenossen, vom 8. Juli 1868;

5) das Bundesgesetz[4], betreffend die subsidiarische Haftung des Brennerei-Unternehmers für Zuwiderhandlungen gegen die Branntwein-steuer-Gesetze durch Verwalter, Gewerbegehülfen und Hausgenossen, vom 8. Juli 1868;

6) das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869, welches das Gesetz unter 1, soweit es widersprechende Vorschriften enthält, aufgehoben hat; und

7) das Reichsgesetz[5] wegen Erhebung der Brausteuer vom 31. Mai 1872, durch welches die Gesetze unter 2 und 4 beseitigt sind, ordnen eine subsidiarische Haftung Dritter an.[6]

Die Gesetze unter 2 und 3 bestimmen im §. 37, bezw. §. 68, daß in Ansehung des Verfahrens bei Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des Gesetzes die entsprechenden Anordnungen des Zollstrafgesetzes und, wenn solche nicht darin enthalten seien, die betreffenden allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen in Anwendung kämen. Der §. 41 des Gesetzes von 1872 verweist ebenfalls auf die Zollgesetze.

Da der Anspruch gegen den Dritten nicht als Strafe angesehen werden darf, wenn es sich auch um die Geldstrafe handeln sollte, weil diese doch nur dem eigentlichen Schuldigen gegenüber als Strafe zu betrachten ist, so haben wir es hier, sofern es zu einem besonderen processualischen Verfahren kommt, mit einer Civilproceßsache zu thun. Hierfür spricht auch der Ausdruck im §. 59 des Preußischen Zollstrafgesetzes „im Wege des summarischen Processes“. Nur wenn zugleich über die Uebertretung gegen den Schuldigen und die subsidiarische Haftung gegen den Dritten zu entscheiden ist, zieht erstere Sache, als die Hauptsache, die andere als die Nebensache und in diesem Falle nicht selbstständige an sich und hat dann das Strafgericht im Wege des strafrechtlichen Verfahrens auch mit über die subsidiarische Haftung zu entscheiden; indessen doch unter möglichster Beobachtung der allgemeinen civilprocessualischen Grundsätze, soweit es sich um die subsidiarische Haftung handelt.

Zur Begründung der selbstständigen Klage gegen den subsidiarisch Verpflichteten oder dieses gegen den Fiscus ist Folgendes anzugeben:

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Dies kann das

---

[4] Dasselbe gilt nicht für Bayern, Württemberg und Baden.

[5] Es gilt nicht für die in der Note 4 genannten Länder.

[6] Vgl. übrigens auch noch das Reichsgesetz, betreffend die Steuerfreiheit des Branntweins zu gewerblichen Zwecken, vom 19. Juli 1879, §. 4.

Gericht, dem der Fiscus, oder der Dritte unterworfen ist, sein, jenachdem letzterer klagt oder verklagt wird.

2) Die Beobachtung des etwa erforderlichen Vorverfahrens sammt rechtzeitiger Klagerhebung.[7]

3) Die Activlegitimation zur Sache. Activ legitimirt ist entweder der Fiscus, welcher durch die höhere oder untere Steuerbehörde vertreten wird[8], oder der Dritte.

Als solcher kommt in Betracht:

a) nach dem Preußischen Zollstrafgesetz §. 19: der Handel- und Gewerbetreibende, in Beziehung auf welchen der Schuldige als Diener, Lehrling, Markthelfer, Gewerbsgehülfe, Ehegatte, Kind, Gesinde und als sonst in seinem Dienst oder Tagelohn stehende oder sich gewöhnlich bei der Familie aufhaltende Person erscheint; und die nicht zur handel- und gewerbetreibenden Classe gehörende Person, sofern es sich um deren Ehegatten und Kinder als Schuldige handelt;

b—e) nach den vier Gesetzen von 1868 (bezw. §. 34, §. 66, §. 1 und §. 1) der Unternehmer, dessen Verwalter, Gewerbsgehülfe oder Hausgenosse der Schuldige ist; beim Hausgenossen wird verlangt, daß er in der Lage war, auf den Gewerbebetrieb Einfluß zu üben;

f) nach dem Vereinszollgesetz §. 153, wie zu a angegeben ist, jedoch mit dem Zusatz, daß auch Eisenbahnverwaltungen und Dampfschiffahrtsgesellschaften für ihre Angestellten und Bevollmächtigten haften, mithin gleichfalls activ legitimirt sein können;

g) nach dem Gesetz von 1872, wie zu b—e hervorgehoben ist.

4) Die Passivlegitimation zur Sache. Wer activ legitimirt ist, der kann auch passiv legitimirt sein.

Da nach §. 30 des St. G. B. in den Nachlaß eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden kann, wenn das Urtheil bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig geworden war, so ist auch anzunehmen, daß der Tod des Schuldigen vor rechtskräftigem Urtheil die subsidiarische Haftung des Dritten für die Geldstrafe beseitigt. Dasselbe muß auch von der vorenthaltenen Steuer und den Proceßkosten gelten, sofern die Frage, ob überhaupt ein Schuldiger vorhanden sei, nicht mehr rechtskräftig ent-

---

[7] Preußisches Zollstrafgesetz §§. 56—59.
Gesetz vom 4. Juli 1868 §. 37.
Gesetz, betreffend die Besteuerung des Branntweins, vom 8. Juli 1868, §. 68.
Gesetz vom 31. Mai 1872, §. 41.

[8] Preußisches Zollstrafgesetz §§. 58 und 33. — Ob der Fiscus der Reichsfiscus oder der Landesfiscus sei, wird im Allgemeinen, obschon es sich um Reichssteuern handelt, davon abhängig sein, ob die legitimirte Steuerbehörde eine Reichs- oder Landesbehörde ist. Vgl. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 9.

schieden werden kann, aber doch erst noch entschieden werden müßte. Die Erben des Dritten haften in allen Fällen, in denen ihr Erblasser haftete, soweit die Erbschaft reicht. So weit haften sie auch in Ansehung der Geldstrafe, da diese für ihren Erblasser keine Strafe war. Ob sie in noch weiterem Umfange haften, kommt auf die Umstände an. Insbesondere wird in Betreff der vorenthaltenen Steuer meistens die Sache sich so verhalten, daß sie dafür vollständig einstehen müssen, sie möchten denn den Nachlaß mit dem s. g. beneficium inventarii angetreten haben.

5) Der Gegenstand. Dieser geht auf Zahlung der Geldstrafe, ausnahmsweise auch auf Erlegung der vorenthaltenen Steuer nebst Proceßkosten[9]; bezw. auf Freisprechung und unter Umständen auf Rückzahlung.

6) Der Grund der Klage.

A. Im Fall der Klage des Fiscus.

Der Grund besteht im Allgemeinen in dem Vorhandensein der Voraussetzungen der subsidiarischen Haftung.[10]

a) Nach dem Preußischen Zollstrafgesetz §. 19 haben Handel- und Gewerbetreibende und andere nicht zur handel- und gewerbetreibenden Classe gehörende Personen für die unter 3 a soeben bezeichneten Personen rücksichtlich der Geldbußen, Zollgefälle und Proceßkosten, in welche die zu vertretenden Personen wegen Verletzung der bei der Ausführung der ihnen von den subsidiarisch Verhafteten übertragenen Handels-, Gewerbs- und anderen Verrichtungen zu beobachtenden zollgesetzlichen oder Zollverwaltungsvorschriften verurtheilt worden sind, zu haften.[11] Ein Verschulden der subsidiarisch Haftenden ist nicht erforderlich. Die Verwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe gegenüber den eigentlich Schuldigen hebt die subsidiarische Haftung wegen der Geldstrafe auf, nicht auch wegen des vorenthaltenen Zolles sammt den Proceßkosten.

b—e) Nach den vier Gesetzen von 1868 haftet der Unternehmer für Geldstrafen, welche von dem eigentlich Schuldigen wegen Unvermögens nicht beigetrieben werden können, im Allgemeinen nur wegen eigener

---

[9] Abgesehen von dem (sofort näher anzugebenden) Ausnahmefall haftet der Dritte für die vorenthaltene Steuer und die Proceßkosten subsidiarisch ohne Zulassung des besonderen Rechtsweges (bezw. §§. 56—59, §. 34 II und III, §. 66 III, §. 3 und §. 3 der unter 1—5 genannten Gesetze sowie §. 38 III des unter 7 genannten Gesetzes).

[10] Ueber die Frage, ob überhaupt eine Zuwiderhandlung von Seiten des eigentlich Schuldigen vorliege, ist nicht zu erkennen. Preuß. Zollstrafgesetz §. 59.

[11] „Die subsidiarische Haftbarkeit der Handel- und Gewerbetreibenden für ihre Diener ꝛc. greift nicht nur bei Zolldefraudationen, sondern auch bei dem Vergehen der Kontrebande Platz." Oppenhoff a. a. O., 20 B. (Berlin 1879), S. 20.

Fahrlässigkeit. Als solche gilt insbesondere die wissentliche Anstellung, bezw. Beibehaltung eines wegen Braumalzsteuer-, bezw. Brennsteuer-defraudation bereits bestraften Verwalters oder Gewerbsgehülfen, falls nicht die oberste Finanzbehörde solches genehmigt hat. Ist der Unternehmer selbst schon wegen Defraudation bestraft, so muß er sich exculpiren (bezw. §. 34 unter I, §. 66 unter I, §. 1 und §. 1).

Die Haftung für die vorenthaltene Steuer ist nicht durch eigene Fahrlässigkeit bedingt (bezw. §. 34 unter II, §. 66 unter II, §. 2 und §. 2). In denjenigen Fällen jedoch, in welchen die Berechnung der vorenthaltenen Steuer lediglich auf Grund der in den Gesetzen unter 3 und 5 vorgeschriebenen Vermuthungen erfolgt, tritt die Haftbarkeit des Brennereitreibenden ausnahmsweise nur unter gleichen Voraussetzungen, wie bei der Geldstrafe, ein (bezw. §. 66 unter II, und §. 2).

Die Verwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe gegen den eigentlich Schuldigen beseitigt die Haftung des subsidiarisch Verpflichteten für die Geldstrafe, nicht auch die vorenthaltene Steuer sammt den Proceßkosten (bezw. §. 34 unter IV, §. 66 unter IV, §. 4 und §. 4).

f) Nach dem Vereinszollgesetz haben die unter 3 f bezeichneten Personen für ihre dort genannten Diener u. s. w. rücksichtlich der Geldbußen, Zollgefälle und Proceßkosten zu haften, in welche die zu vertretenden Personen wegen Verletzung der zollgesetzlichen oder Zollverwaltungsvorschriften verurtheilt worden sind, die sie bei Ausführung der ihnen von den subsidiarisch Verhafteten übertragenen oder ein- für allemal überlassenen Handels-, Gewerbs- und anderen Verrichtungen zu beobachten hatten. Der Zollverwaltung bleibt in dem Falle, wenn die Geldbuße von dem Angeschuldigten nicht beigetrieben werden kann, vorbehalten, die Geldbuße von dem subsidiarisch Verhafteten einzuziehen, oder statt dessen und mit Verzichtung hierauf die im Unvermögensfalle an die Stelle der Geldbuße tretende Freiheitsstrafe sogleich an dem Angeschuldigten vollstrecken zu lassen. Weisen indessen die bezeichneten subsidiarisch Verhafteten, mit Ausnahme der Eisenbahnverwaltungen und Dampfschiffahrtsgesellschaften, nach, daß das Zollvergehen ohne ihr Wissen [12] verübt worden, so haften sie nur für die Zollgefälle.

g) Das Gesetz vom 31. Mai 1872 stimmt im §. 38 mit dem §. 34 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 völlig überein.

B. Im Fall der Klage des subsidiarisch Verpflichteten besteht der Grund der Klage darin, daß der Fiscus ihn haftbar machen will und in der einfachen Bestreitung einer solchen subsidiarischen Haftung. Der Fiscus hat dann einredeweise selbige näher zu begründen; wogegen wie-

---

[12] Vgl. Note 1 des folgenden §. 308.

der replicirt werden kann, namentlich auch bei einer präsumirten Fahrlässigkeit (zu A b—e und g) der Mangel einer solchen, bezw. beim präsumirten Wissen (zu A f) das Nichtwissen genau darzulegen ist.

7) Der Antrag geht dahin, Beklagten zur Zahlung der Geldstrafe, bezw. auch der vorenthaltenen Steuer sammt Proceßkosten für schuldig oder, wenn der Unternehmer Kläger ist, ihn für nicht schuldig zu erkennen und eintretenden Falls den Fiscus auch zur Rückzahlung des unter Protest oder erzwungenermaßen oder auf Grund eines entschuldbaren Irrthums indebite Gezahlten zu verurtheilen, refundendis expensis.

§. 308.

II. Die Klagen aus dem Reichsgesetz, betreffend die Besteuerung des Tabacks, vom 16. Juli 1879, wegen der Vertretungsverbindlichkeit für verwirkte Geldstrafen, Steuer und Proceßkosten.

Es sind die vorliegenden Klagen der des vorigen Paragraphen im Allgemeinen ganz gleich.[1]

Zur Begründung der Klage des Fiscus ist Folgendes anzugeben:

1) Kläger sei als Fiscus activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als Tabackspflanzer oder solcher, auf den die gesetzlichen Verpflichtungen des Tabackspflanzers übergegangen seien (§§. 5 und 11), d. h. als neuer Inhaber des mit Taback bepflanzten Grundstücks oder als Erwerber des Tabacks, ferner als Tabackshändler, Commissionär, Makler oder Fabricant passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um die Zahlung der verwirkten Geldstrafe, nicht auch der Steuer und der entstandenen Proceßkosten, indem deshalb der Rechtsweg nicht zugelassen ist.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß die Voraussetzungen des §. 43 des Gesetzes vom 16. Juli 1879 erfüllt seien. Dieser Paragraph lautet:

„Tabackpflanzer und diejenigen, auf welche die gesetzlichen Verpflichtungen des Tabackpflanzers übergegangen sind (§§. 5, 11), sowie Tabackhändler, Kommissionäre, Makler und Fabrikanten haben für die von ihren Verwaltern, Gehülfen, Ehegatten, Kindern, Gesinde und sonst in ihrem Dienst oder Tagelohn stehenden oder sich gewöhnlich bei der Familie aufhaltenden Personen nach diesem Gesetze verwirkten Geldstrafen, sowie für die Steuer und entstandenen Prozeßkosten subsidiarisch zu haften. Wird nachgewiesen, daß die Zuwiderhandlung ohne ihr Wissen[2] verübt worden, so haften sie nur für die Steuer.

---

[1] Vgl. auch Gesetz vom 16. Juli 1879 §. 46.

[2] Es ist also hier in Ansehung der Haftung für Geldstrafen sammt Proceß-

Tabackpflanzer und diejenigen, auf welche die gesetzlichen Verpflichtungen des Tabackpflanzers übergegangen sind, haften bezüglich des von ihnen zur Verwiegung zu stellenden Tabacks in allen Fällen für die Steuer, welche in Folge einer unerlaubten Handlung oder Unterlassung der bezeichneten, von ihnen zu vertretenden Personen vorenthalten ist, sofern dieselbe von dem eigentlichen Schuldigen nicht beigetrieben werden kann."

Insbesondere ist darzulegen, daß der Anspruch auf die Geldstrafe begründet sei. In dieser Hinsicht wird anzugeben sein, daß jene rechtskräftig erkannt oder festgestellt sei. Ueberdies muß bemerkt werden, daß die Strafe von dem eigentlich Schuldigen nicht beigetrieben werden könne.

5) Der Antrag geht dahin, Beklagten zur Zahlung der Strafe zu verurtheilen.

In Betreff einer Klage des Vertretungsverpflichteten wird auf den vorigen Paragraphen verwiesen.

Der vorliegende und der vorhergehende Paragraph sind getrennt, um die gesetzlichen Normen vor und nach Gründung des Deutschen Reichs zu sondern. Mit dem vorigen Paragraphen mußten aber nothwendig die Zollgesetze verbunden werden. Im Uebrigen sind die behandelten Fälle nicht erschöpfend. In dieser Hinsicht wird z. B. verwiesen auf die Gesetze über die Salzsteuer und das Reichsgesetz, betreffend den Spielkartenstempel, vom 3. Juli 1878, §. 18, die aber im Wesentlichen mit den angegebenen Grundsätzen übereinstimmen.

Schließlich will ich doch noch darauf aufmerksam machen, daß ich die Frage, ob denn überhaupt in den in den §§. 307 und 308 hervorgehobenen Fällen ein civilprocessualischer Rechtsweg statthaft sei, wohl geprüft habe. Ich habe nicht zu dem Resultat gelangen können, daß lediglich ein strafprocessualisches oder ein administratives oder ein executivisches Verfahren zulässig sei. Es handelt sich nur um das Mein und Dein, um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, z. B. ob man überhaupt Tabackspflanzer sei, ob man der in Betracht kommende Tabackspflanzer sei, ob der Schuldige schon bezahlt habe oder nicht, ob von ihm die Steuer u. s. w. eingetrieben werden könne oder nicht, ob er gestorben

---

kosten, wie im Fall des §. 307 unter 6 A f Absichtlichkeit, sei es Dolus oder einfache Widerrechtlichkeit, nothwendig; sie wird aber in beiden Fällen präsumirt. Das Wissen könnte wegen eines ganz entschuldbaren Irrthums recht gut ein nicht doloses und ein nicht culposes sein. Dies wäre aber gleichgültig, weil dadurch die einfache Widerrechtlichkeit des Vertretungsverpflichteten noch nicht aufgehoben sein würde.

sei oder nicht, ob mit dem s. g. beneficium inventarii eine Erbschaft angetreten sei oder nicht, ob eine Gesellschaft existire oder nicht u. d. m. Demnach müßte der civilprocessualische Rechtsweg besonders ausgeschlossen sein, wenn er nicht zulässig sein sollte. Dies ist aber nicht geschehen.

§. 309.

III. Die Klage wegen Schadens durch Zusammenstoß von Schiffen nach dem H. G. B. Art. 736—741.[1]

Nach dem Art. 451 des H. G. B. ist der Rheder für den Schaden verantwortlich, welchen eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt. Und zwar haftet der Rheder nach Art. 452 des H. G. B. für den Anspruch eines Dritten nicht persönlich, sondern nur mit Schiff und Fracht, wenn der Anspruch auf das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung gegründet wird. Wenn nun in einem solchen Fall eine Haftung mit Schiff und Fracht eintritt, so hat freilich nach Art. 757 Ziffer 10 und Art. 758 der Dritte nur ein gesetzliches Pfandrecht und somit, könnte man sagen, gehöre diese Haftung nicht unter die Obligationen wegen Dolus, Culpa und einfacher Widerrechtlichkeit eines Anderen. Dies ist allerdings der Hauptsache nach formell richtig. Da indessen in Ansehung der Haftung mit der Fracht doch nur von einer Obligation zwischen dem Rheder und dem Dritten die Rede sein kann, da ferner materiell der Regel nach wegen des höheren Werths von Schiff und Fracht die Sache in der Weise ihre Erledigung finden wird, daß der Rheder zahlt, so habe ich es nicht für unangemessen gehalten, den Fall der vorliegenden Haftung hier mit zur Sprache zu bringen.

Als ein besonders wichtiger Fall der fraglichen Haftung ist der in der Ueberschrift bezeichnete hervorzuheben.

Zur Begründung der betreffenden Klage ist Folgendes geltend zu machen.

1) Kläger sei als Eigenthümer, gutgläubiger Besitzer, Nutznießer, Pfandgläubiger des beschädigten Schiffs oder der beschädigten Ladung oder als sonstiger Schiffs- oder Ladungsinteressent activ zur Sache legitimirt.[2]

2) Beklagter sei als Rheder des unmittelbar oder mittelbar (durch ein drittes Schiff)[3] beschädigenden Schiffs passiv zur Sache legitimirt.

---

[1] Vgl. l. 29 §. 2—5 D. ad leg. Aquil. (9; 2) und die Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßes der Schiffe auf See, vom 23. December 1871; ferner das Reichsgesetz, betreffend die Untersuchung von Seeunfällen, vom 27. Juli 1877.

[2] H. G. B. Art. 736 Abs. 1.

[3] H. G. B. Art. 741.

3) Es handle sich um Auslieferung des letzteren Schiffs als Pfandes s. w. d. a., bezw. um Auslieferung der die Forderung auf die Fracht betreffenden Papiere, Anerkennung des Klägers als fingirten Cessionars u. d. m., sofern Beklagter es nicht vorziehen sollte, Ersatz des durch den Zusammenstoß dem beschädigten Schiff oder dessen Ladung unmittelbar oder mittelbar verursachten, zu specificirenden positiven oder negativen Schadens zu leisten;

4) weil ein Zusammenstoß zweier Schiffe, mögen sie beide oder das eine oder das andere sich in der Fahrt oder im Treiben befunden oder vor Anker oder am Lande befestigt gelegen haben[4], oder auch ein Zusammenstoß mehrerer Schiffe stattgefunden habe, dadurch dem einen Schiffe oder dessen Ladung, sei es durch Beschädigung oder gänzlichen Verlust von Schiff oder Ladung[5], der specificirte Schaden verursacht sei[6] und zwar durch ein Verschulden[7] einer (bestimmten oder unbestimmten) Person der Schiffsbesatzung des unmittelbar oder mittelbar mit jenem zusammengestoßenen, dem Beklagten als Rheder gehörenden Schiffs.

5) Demnach werde ein den Angaben zu 3 entsprechender Antrag gestellt.

Einredeweise kann im Fall der Schiffsbeschädigung[8] geltend gemacht

---

[4] H. G. B. Art. 738.

[5] H. G. B. Art. 736.

[6] Ist ein durch den Zusammenstoß beschädigtes Schiff gesunken, bevor es einen Hafen erreichen konnte, so wird wegen der vorhandenen dringenden factischen Vermuthung und der meistens vorliegenden Unmöglichkeit eines besseren Beweises rechtlich vermuthet, daß der Untergang des Schiffs eine Folge des Zusammenstoßes war. H. G. B. Art. 739.

[7] Der Beweis eines Verschuldens wird meistens durch den Beweis eines gesetzwidrigen Verhaltens (z. B. der Nichtbefolgung der gesetzlichen Vorschriften, durch welche den Zusammenstößen möglichst vorgebeugt werden soll) geführt werden können. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 65.

[8] Nicht auch im Fall der Beschädigung der Ladung. Ist aber der Rheder des einen Schiffs auch Eigenthümer der auf seinem Schiff befindlichen und beschädigten Ladung, so hat Beklagter allerdings die fragliche Einrede, soweit der Schaden den Werth von Schiff und Fracht jenes nicht übersteigt. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 125. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 149. Beklagter hat dann dieses Nichtübersteigen zu behaupten und zu beweisen. — Der Grund, weshalb Art. 737 sich im Allgemeinen nicht mit auf die Ladung bezieht, ist ein ganz natürlicher. Der Rheder muß allerdings für das Verschulden der Besatzung haften, aber doch nicht der Eigenthümer der Ladung. Also kann das beiderseitige Verschulden der Besatzung die Gerechtsame des Eigenthümers der Ladung nicht aufheben. Diese Unterscheidung ist auch anderweitig (wenn es sich gar nicht um die Anwendbarkeit der Art. 736—741 des H. G. B. handelt) maßgebend. Wenn z. B. eine Person in Folge beider-

werden, daß der Zusammenstoß durch beiderseitiges Verschulden herbeigeführt sei.[9]

Als motivirte Verneinung kann in allen Fällen vorgebracht werden, daß sich das Schiff unter der Führung eines Zwangslootsen befunden habe und die zur Schiffsbesatzung gehörigen Personen die ihnen obliegenden Pflichten erfüllt hätten.[10]

Nach der Reichsverordnung vom 15. August 1876 hat nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf See der Führer eines jeden derselben dem anderen Schiffe und den dazu gehörigen Personen zur Abwendung oder Verringerung der nachtheiligen Folgen des Zusammenstoßes den erforderlichen Beistand zu leisten[11], soweit er dazu ohne erhebliche Gefahr für das eigene Schiff und die darauf befindlichen Personen im Stande ist.[12]

---

seitigen Verschuldens getödtet würde, so könnte den Angehörigen, welche ihren Ernährer verloren haben, die actio legis Aquiliae gegen die eine oder andere in Culpa befindlich gewesene Person oder gegen den einen oder anderen Rheder wegen des concurrirenden Verschuldens nicht entzogen werden.

Vgl. Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 231—235; Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 169.

[9] H. G. B. Art. 737. Dieser Artikel würde in dem Fall analog anwendbar sein, wenn durch das Verschulden einer Person der Besatzung eines dritten dem Kläger gehörenden Schiffs der Zusammenstoß veranlaßt wäre. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 21. Bei dem beiderseitigen Verschulden begründet die culpa lata gegenüber der culpa levis nicht eine Ersatzverbindlichkeit. A. M. Dr. Harder in Hamburg nach einem Aufsatz bei Busch a. a. O. 31. B. 152 fg. Dagegen wohl ein Dolus gegenüber einer Culpa.

Die E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 8 enthalten die Ueberschrift: „Hat der Rheder eines durch den Zusammenstoß mit einem anderen Schiffe beschädigten Schiffes einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Rheder dieses Schiffes auch dann, wenn zwar nicht die Besatzung des klägerischen Schiffes, wohl aber der dasselbe bedienende Zwangslotse den Zusammenstoß durch seine Mitschuld herbeigeführt hat?" Die Antwort ist eine verneinende, indem ein Ersatzanspruch überall da nicht stattfinden solle, wo der Zusammenstoß nicht ausschließlich von der Besatzung des beklagtischen Schiffes verschuldet sei. Die Richtigkeit dieser Entscheidung muß ich bestreiten. Sie widerspricht den Grundsätzen, welche sonst allgemein bei Delictsobligationen in Ansehung der Culpa eines Verpflichteten oder Mitverpflichteten gelten. Die Berufung auf l. 27 §. 2 D. de R. V. (6; 1) dürfte verfehlt sein, weil diese Stelle einen ganz anderen Fall behandelt, auch ausdrücklich die actio legis Aquiliae zuläßt. S. auch Note 8.

[10] H. G. B. Art. 740. Vgl. auch E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 45, und Makower a. a. O. zu Art. 483 die Note unter b.

[11] Die Nothwendigkeit dieses Beistandes steht einem Anspruch auf Berge- oder Hülfslohn nach dem H. G. B. Art. 742 nicht im Wege. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 40.

[12] Verordnung vom 15. August 1876 §. 1.

Wenn durch Verletzung dieser Pflicht ein Schaden verursacht ist, kann der Schuldige auf Schadensersatz belangt werden. Der Rheder würde in Gemäßheit des H. G. B. Art. 451 und 452 mit Schiff und Fracht haften. Im Sinne dieser Verordnung sind der See die mit derselben in Zusammenhang stehenden, von Seeschiffen befahrenen Gewässer gleichgestellt.[13]

§. 310.

IV. Actio de recepto adversus nautas, caupones, stabularios.[1]

Bei der prätorischen in factum actio de recepto, einer actio perpetua, ist hervorzuheben:

---

[13] Daselbst §. 3.

[1] Vgl. oben §§. 123 a, 167 und 187. — Nicht selten wird die Klage als eine solche aus einem s. g. pactum praetorium behandelt, z. B. von Müller, Institutionen (Leipzig 1858), §. 125. Vgl. auch Windscheid a. a. O. §. 384 Note 7. Höpfner in seinem Commentar über die Institutionen, 7. Auflage (Frankfurt a. M. 1803), §. 1084 spricht, unter Verwerfung des Gesichtspunktes eines Quasicontracts, von einem wahren, obgleich stillschweigenden Vertrage. Diese Auffassung ist logisch ganz richtig, indem sonst ja auch oft bei Contractsklagen, z. B. den actiones emti, venditi, mandati u. d. m. die Parteiabsicht nicht mit dem Rechtserfolge übereinstimmt. Es wäre daher gar nicht auffallend gewesen, wenn das Röm. Recht einfach die actio locati u. s. w. zugelassen hätte. Unsere Klage ist aber einmal nach Röm. Recht nicht als solche bezeichnet. Im Gegentheil, weil die Vertragsklagen (actio locati, actio conducti, actio depositi) u. s. w. nach Röm. Auffassung nicht ausreichten, indem der Wirth u. s. w. dabei nicht für den Zufall, zum Theil sogar nur für grobes Verschulden haftete und man sich hier nicht dazu verstehen konnte, die Haftung für den Zufall gegen die allgemeine Regel als contractliche zu behandeln, ward die act. de recepto eingeführt. L. 3 §. 1 D. nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant (4; 9). Vgl. auch §. 3 J. de obl., quae quasi ex del. (4; 5) und l. 5 §. 6 D. de O. et A. (44; 7). Diese beiden den Gesichtspunkt eines Quasidelicts enthaltenden Stellen beziehen sich allerdings wohl nur auf den Fall, daß nachweislich durch die Leute des nauta u. s. w. die Sachen gestohlen oder beschädigt waren, in welchem Fall auch die actio furti (vgl. den tit. D. furti adversus nautas, caupones, stabularios [47; 5]) oder die actio legis Aquiliae anwendbar waren; indessen sind letztere Klagen und die act. de recepto im Zweifel überhaupt gleich zu behandeln. Somit scheint mir auch die Annahme eines Quasicontracts (z. B. von Arndts a. a. O. §. 289) dem Röm. Recht nicht entsprechend zu sein. In meines Vaters Institutionen (Göttingen 1818), §. 638 ist unsere Klage ganz richtig unter die Obligationen aus Quasidelicten gestellt.

Die Unterschiede der act. de recepto von den actiones furti und legis Aquiliae sind folgende: die act. de recepto ist lediglich eine reipersecutorische Klage, die unbeschränkt gegen die Erben übergeht (l. 3 §. 4 D. h. t.; v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, III. S. 834). Die anderen Klagen gehen nicht gegen die Erben (l. 7 §. 6 D. h. t.). Mehrere nautae u. s. w. haften bei der act. de recepto in solidum, was freilich be-

1) Kläger sei derjenige, welcher mit seinen Sachen oder dessen Sachen aufgenommen worden.

2) Beklagter sei der, welcher ein Gewerbe daraus mache[2], als nauta (Schiffer und zwar Exercitor[3]), caupo (Gastwirth) oder stabularius (Stallwirth) Reisende mit ihren Sachen oder letztere allein aufzunehmen. Mehrere Erben haften pro partibus. Wenn ein Haussohn mit Willen des Vaters Exercitor u. s. w. war, haftet auch der Vater aufs Ganze; wenn er es ohne dessen Willen war, haftet er bis zum Belaufe eines von ihm gegebenen Peculiums.[4]

Andere Personen, als die bezeichneten, insbesondere Frachtführer, Postmeister, Kutscher u. d. m., können nicht mit der Römischen actio de recepto belangt werden, sondern haften im Allgemeinen nur aus der locatio conductio, mithin der Regel nach nicht wegen Zufalls. Vgl. jedoch H. G. B. Art. 395, 607 und 674. Eine analoge Ausdehnung der Vorschriften des Römischen Rechts auf Frachtführer u. s. w. ist wegen Fehlens einer Gleichheit des Grundes unstatthaft.

3) Der Gegenstand bestehe in Rücklieferung, bezw. Auslieferung oder Gewährung der Fortschaffung der inferirten Sachen in unbeschädigtem Zustande, eventuell Ersatz des zu specificirenden Schadens.[5]

---

stritten ist (vgl. Matthiae a. a. O. I. 2. S. 217); den anderen Klagen gegenüber pro partibus (l. 7 §. 5 D. h. t.). Bei der act. de recepto ist es ganz gleichgültig, von wem die Sache gestohlen oder beschädigt ist; sie braucht auch gar nicht gestohlen oder beschädigt zu sein, es genügt ihr Fehlen; auch braucht die beschädigte Sache nicht durch eine Person beschädigt zu sein. Die anderen Klagen sind nur anwendbar, wenn die Sache durch die Leute des Beklagten, mit Einschluß derer, die habitandi causa im Wirthshause sich befinden, entwendet oder beschädigt ist (l. 6 §. 3 D. h. t.). Die act. de recepto kann nur auf das Einfache des Interesses angestellt werden; die anderen Klagen gingen auf das Doppelte (l. 7 §. 1 D. h. t.). Jetzt würde auch noch die actio legis Aquiliae neben der act. de recepto auf das Einfache möglich sein.

Im Uebrigen fällt die act. de recepto weg, wenn man mit den anderen Klagen seinen Zweck erreicht hat und umgekehrt. (l. 3 §. 5 D. h. t.).

[2] L. 3 §. 2 D. h. t.

[3] Als solcher gilt auch der Exercitor von Flößen und Kähnen. L. 1 §. 4 D. h. t.

[4] L. 3 §. 3, l. 7 §. 6 D. h. t.

[5] L. 1 pr., l. 3 §. 1 D. h. t. Es ist zu unterscheiden, ob die Sachen blos inferirt oder auch dem Schiffer u. s. w. überliefert waren. In beiden Fällen hat Kläger freilich zu behaupten und zu beweisen, in welcher Beschaffenheit die Sachen zur Zeit der Illation, bezw. Ueberlieferung waren. Aber sonst finden Unterschiede Statt. Bei der Ueberlieferung kann ohne Weiteres auf Rücklieferung in unbeschädigtem Zustande geklagt werden. Beklagter hätte dann zu behaupten und zu beweisen, daß er die Sachen in jenem Zustande zurückgeliefert habe oder durch vis major daran verhindert sei u. d. m., mithin auch, daß eine etwaige Beschädigung erst nach der Rücklieferung eingetreten sei. Bei der einfachen Illation müßte Kläger

4) Der Grund liege darin, daß Beklagter in Ausübung seines Gewerbes [6] selbst oder durch seine dazu ausdrücklich oder, wie den Umständen nach anzunehmen sei, stillschweigends beauftragten Leute (den magister navis, der Regel nach nicht auch Matrosen, ferner durch Kellner, Hausknechte, Familienglieder [7]) den Kläger und die in Betracht kommenden, näher anzugebenden, dem Kläger oder Dritten gehörenden [8] Sachen, mögen es Waaren sein oder nicht [9], oder auch die Sachen allein gegen Lohn oder umsonst [10] aufgenommen habe und daß diese abhanden gekommen oder beschädigt [11] seien, bei Sachen Dritter Kläger auch ein Interesse daran habe, daß solches nicht geschehen sei.

Demnach muß Kläger die Illation, die Reception [12] und den Verlust oder die Beschädigung, bezw. auch sein Interesse [13] behaupten. [14]

Die Sachen kann auch der Reisende an und bei sich tragen, z. B. eine Uhr, die Abends beim Zubettgehen abgelegt und am Morgen beim Erwachen verschwunden ist. [15] Der Verlust muß, wie, abgesehen von einer Ueberlieferung (Note 5), zu behaupten ist, während der Dauer der Reception eingetreten sein. Sie endigt mit dem Fortgange, wenn nicht dabei die zurückgelassenen Sachen dem Wirth oder Schiffer in Verwahrung gegeben und von ihm zur Verwahrung angenommen sind. Kläger muß dies geltend machen. Dabei kommt es jedoch noch darauf an, ob das Receptum als fortbestehend gelten oder statt dessen ein De-

---

behaupten und beweisen, daß die Sachen vor einer Auslieferung oder Fortschaffung abhanden gekommen oder beschädigt seien, und könnte beantragen, daß die abhanden gekommenen ihm unbeschädigt ausgeliefert würden, eventuell Schadensersatz geleistet würde, und für die Beschädigungen er entschädigt werden müßte. Vgl. oben §. 167 Note 6 und §. 187 Note 5.

[6] L. 3 §. 2 D. h. t. in den Worten „qui exercentes negotium suum recipiunt".

[7] L. 1 §. 2, 3 und 5 D. h. t.

[8] L. 1 §. 7 D. h. t.

[9] L. 1 §. 6, l. 4 §. 2 D. h. t.

[10] L. 6 pr. D. h. t.

[11] L. 5 §. 6 D. de D. et A. (44; 7). L. 5 §. 1 D. h. t.

[12] Wer sich eines vom Wirth zum Bahnhof gesandten Wagens bedient in der zu erkennen gegebenen und genehmigten Absicht, im Wirthshause zu logiren, ist damit schon recipirt. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 36. Vgl. l. 3 pr. D. h. t., wonach auch die noch am Ufer liegenden, dort recipirten, aber noch nicht in das Schiff gebrachten Sachen in gleicher Weise, wie die in das Schiff gebrachten, geschützt sind. Ein Gleiches müßte von Wagen der einkehrenden Fuhrleute oder Reisenden, die vor dem Hause stehen bleiben und der Aufsicht des Hausknechts anvertraut sind, gelten.

[13] L. 1 §. 7 D. h. t.

[14] E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 79.

[15] L. 1 §. 6, l. 4 §. 2 D. h. t.

positum geschlossen sein sollte. Im ersteren Falle wäre die actio de recepto, mit der Haftung für den gewöhnlichen Zufall, im anderen die actio depositi directa mit der Haftung blos für culpa lata anwendbar. Im Zweifel müßte eine Fortdauer des Receptums angenommen werden. Im Fall einer merces für die Verwahrung würde die actio ex conducto anstatt der actio depositi directa anwendbar und der Empfänger für culpa levis haftbar sein.

5) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zu verurtheilen, die abhanden gekommenen und beschädigten Sachen dem Kläger in dem früheren Zustande zu liefern, eventuell den specificirten Schaden ihm zu erstatten.

Wegen überlieferter Sachen s. Note 5.

Beklagter kann einwenden:

daß die Sachen durch unabwendbare Ereignisse (nicht auch durch gewöhnlichen Casus) abhanden gekommen seien[16];

daß den Kläger ein Verschulden treffe[17];

daß eine Nichthaftung bedungen sei.[18]

§. 311.

V. 1. Actio de effusis vel dejectis.

Zur Begründung dieser actio in factum quasi ex maleficio ist zu behaupten:

1) Kläger sei beschädigt.

2) Beklagter sei alleiniger oder Mitbewohner oder Inhaber des Hauses oder des Theiles desselben, aus welchem hinausgeworfen oder ausgegossen oder hinuntergefallen sei oder in gleicher Weise utiliter Schiffsführer[1] oder natürlicher Besitzer des sonstigen Gegenstandes.[2]

---

[16] L. 3 §. 1 D. h. t. Vgl. l. un. §. 6 D. furti adv. naut. (47; 5) und oben §. 109 Note 19.

[17] Ein solches folgt noch nicht daraus, daß dem Kläger der Schlüssel zu dem ihm eingeräumten Zimmer übergeben ist; wohl aber meistens daraus, daß Gelder und Kostbarkeiten nicht besonders angezeigt sind. Vgl. auch H. G. B. Art. 395 und 608; Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 276 und 277; E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 79.

[18] L. 7 pr. D. h. t. Ein einseitiger Protest des Beklagten ist unerheblich. Eine Acceptation ist aber anzunehmen, wenn Kläger auf einen bezüglichen, ihm bekannt oder schuldvoller Weise nicht bekannt gewordenen Anschlag Nichts entgegnet hat.

[1] L. 6 §. 3 D. de his, qui effuderint vel dejecerint (9; 3).

[2] Ein hospes haftet nicht. L. 1 §. 9 D. h. t. — Mehrere haften in solidum. Wenn Einer das Ganze gezahlt hat, kann er mit der actio pro socio oder einer

3) Es handle sich um Leistung des Interesses.[3]

4) Beklagter hafte, weil durch Hinauswerfen oder Ausgießen oder durch Hinunterfallen von ausgestellten oder ausgehängten, oder auszustellenden oder auszuhängenden Sachen beim Ausstellen oder Aushängen[4] aus einem an einem wegsamen[5], öffentlichen oder privaten Orte liegenden, näher zu bezeichnenden, bewohnten oder nicht bewohnten Hause oder Schiffe[6] oder sonstigen Gegenstande[7] dem Kläger der Schaden verursacht sei.[8]

5) Gebeten werde um Verurtheilung des Beklagten zum Schadensersatz.

2. Actio de positis vel suspensis.[9]

Die Klage, gleichfalls eine actio in factum quasi ex maleficio, war nach Römischem Recht

1) im Fall des positum habere,

2) im Fall des dadurch verursachten Schadens

anwendbar.[10]

In ersterer Hinsicht war sie eine Popularklage[11]; die jetzt nur von dem angestellt werden könnte, welcher durch das positum habere gerade bedroht wird.

In dem anderen Falle war sie nicht eine Popularklage, sondern stand blos dem Verletzten zu. Diese Klage ist noch vollständig praktisch.

Begründung:

1) Kläger sei als Beschädigter oder als Bedrohter activ zur Sache legitimirt.

---

actio utilis theilweise Ersatz von dem Mitbewohner fordern. L. 4 D. h. t. Der Thäter würde mit einer Regreßklage (actio in factum oder actio ex locato oder sonstigen Klage) auf vollständigen Ersatz belangt werden können. L. 5 §. 4 D. h. t. — Gegen den Erben geht unsere Klage nicht. L. 5 §. 5 D. h. t.

[3] Es braucht nicht corpori ein Schaden zugefügt zu sein, wie bei der actio legis Aquiliae.

[4] L. 1 §. 3 D. h. t.

[5] Es muß ein Ort sein, „quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur". L. 1 pr. §. 2 D. h. t.

[6] L. 6 §. 3 D. h. t.

[7] L. 5 §. 6 und 12 D. h. t. Ein solcher kann z. B. ein auf der Straße stehender Wagen, eine Säule, ein Carroussel u. d. m. sein.

[8] L. 1 §. 10, l. 2—5 pr. D. h. t. Die Annahme einer Culpa des Bewohners liegt allerdings dem Gesetz zu Grunde; sie ist aber kein Erforderniß der Klage. L. 1 §. 4 D. h. t. N. e. l. 6 §. 2 D. h. t. Auch ist die Einrede des Fehlens einer Culpa unstatthaft. Es könnte also nur von einer fingirten Culpa die Rede sein.

[9] L. 5 §. 6—13 D. de his, qui effuderint vel dejecerint (9; 3). S. auch die vorige Note.

[10] L. 5 §. 6 und 12 D. (9; 3).

[11] L. 5 §. 13 D. (9; 3).

2) Beklagter sei als der, qui positum habeat[12], mithin namentlich als Eigenthümer, Miether oder anderweitiger Disponent[13] über das Haus, Schiff[14] oder den sonstigen Gegenstand[15], an dem etwas von ihm oder unter seiner Zulassung von einem Dritten[16] ausgestellt oder ausgehängt sei, bezw., sofern ein Schaden verursacht worden, auch als Thäter[17] passiv zur Sache legitimirt.

In dem Fall einer Beschädigung haftet sowohl der Thäter[18] als auch der, qui positum habuit; in dem anderen Fall blos letzterer. Der Erbe als solcher haftet nicht.[19]

3) Es handle sich um Wegnahme des positum vel suspensum, bezw. um Ersatz des zu specificirenden Schadens.[20]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß etwas an einem Gebäude, Schiff oder sonstigen Gegenstande oberhalb eines wegsamen Ortes dergestalt ausgestellt oder ausgehängt sei, daß es durch Herabfallen schaden könnte, bezw. Schaden verursacht habe.[21]

5) Der Antrag entspreche den Angaben zu 3.

§. 312.

VI. Actio adversus publicanos.

Kläger hat zu behaupten:

1) Er sei als Verletzter activ zur Sache legitimirt.

---

[12] Das positum habere bei der vorliegenden Klage entspricht dem habitare bei der vorigen.

[13] L. 5 §. 8 und 12 D. (9; 3).

[14] Die Klage geht als act. utilis gegen den Schiffer („in eum, qui navi praepositus est"). L. 6 §. 3 D. (9; 3).

[15] L. 5 §. 6 und 12, l. 6 §. 3 D. (9; 3).

[16] L. 5 §. 10 D. (9; 3).

[17] L. 5 §. 12 D. (9; 3).

[18] Bei der vorigen Klage haftet der Thäter nicht, weil er nicht habitator ist, auch schon die stets gegen den letzteren anwendbare Klage ausreichend war. Bei der vorliegenden Klage haftet der Thäter nicht, sofern es sich um Beseitigung des positum handelt, weil er nicht positum habens ist; wohl dann, wenn ein Schaden entstanden ist, weil er doch als Thäter wenigstens Anfangs positum habens gewesen ist und der Eigenthümer u. s. w. nur beschränkt (insbesondere die Zulassung seinerseits vorausgesetzt) haftet.

[19] L. 5 §. 5 und 13 D. (9; 3).

[20] L. 5 §. 12 D. (9; 3).

[21] L. 5 §. 6, 11 und 12 D. (9; 3). Wenn durch Herabfallen Schaden verursacht ist, kann nach dem über die actio de effusis vel dejectis Bemerkten auch diese Klage angestellt werden. L. 1 §. 3 D. (9; 3). Ging kein positum vel suspensum vorher, so ist blos die actio de effusis vel dejectis anwendbar.

2) Beklagter sei als publicanus passiv zur Sache legitimirt.[1]

3) Es handle sich um Restitution des Entzogenen in unbeschädigtem Zustande oder um Schadensersatz.[2]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter öffentliche oder städtische[3] Einkünfte gepachtet habe und er oder seine hierfür verwandten Leute bei Ausübung dieser Pachtung dem Kläger durch Diebstahl, Raub, Erpressung oder Sachbeschädigung einen Schaden zugefügt hätten.[4]

5) Demnach werde, wie zu 3 angegeben, gebeten.

Die Stellung des Schuldigen befreit sowenig bei der vorliegenden Klage, wie bei denen des vorigen Paragraphen, den Beklagten. Anders nach Römischem Recht bei Sklaven, durch deren noxae deditio der Herr sich dann befreien konnte.[5]

§. 313.
VII. Actio de pauperie.

Zu behaupten ist:

1) Kläger sei der Beschädigte (Eigenthümer oder sonstige Interessent, etwa Commodatar).[1]

2) Beklagter sei der jetzige Eigenthümer[2] (in solidum oder pro parte[3]) oder Usufructuarius[4] des Thieres, welches den Schaden (pau-

---

[1] Die Erben haften nach Röm. Recht, soweit an sie etwas gelangt, oder dolo malo nicht gelangt war (l. 4 pr. D. de publicanis, et vectigalibus, et commissis (39; 4); nach Kanonischem Recht, soweit die Erbschaft reicht. Mehrere publicani haften pro partibus; jedoch subsidiär in solidum. L. 6 D. h. t. Wenn übrigens Beklagter selbst gerade allein oder neben Anderen der Thäter ist, wird er als Delinquent ohne Weiteres aufs Ganze belangt und ihm auch nicht einmal die Rechtswohlthat der Theilung bewilligt werden können. Die Bemerkung Burchardi's, daß von mehreren Publicanen ganz singulär jeder nur für einen verhältnißmäßigen Theil hafte (Römisches Privatrecht §. 292 a. E.) ist nach dem Bemerkten in zwiefacher Hinsicht nicht richtig.

[2] L. 1 §. 4, l. 5 pr. D. h. t.

[3] L. 13 §. 1 D. h. t. Vgl. auch l. 15—17 D. de V. S. (50; 16).

[4] L. 1 pr. §. 1 und 5 D. h. t.

[5] L. 1 §. 6, l. 2, 3, 12 D. h. t. L. 1 pr., l. 5 §. 6 D. de his, qui eff. v. dej. (9; 3). Vgl. auch l. 7 §. 4 D. nautae, caupones (4; 9).

[1] L. 2 pr. D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (9; 1).

[2] Pr. J. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (4; 9). Der bonae fidei possessor haftet mit Ausschluß des dominus. L. 11 D. de nox. act. (9; 4). Desgl. der malae fidei possessor. L. 13 D. (9; 4).

[3] Schl.-Holst. A. v. 1875, S. 322. Mehrere Miteigenthümer haften in solidum. L. 1 §. 14 D. h. t.

[4] L. 3 D. si ex nox. causa (2; 9). L. 17 §. 1 D. de nox. act. (9; 4).

peries) verübt habe[5] oder der, welcher dolo malo entweder sich für den Eigenthümer u. s. w. ausgegeben oder sein Eigenthum u. s. w. aufgegeben habe.[6]

3) Es handle sich darum, den zu specificirenden Schaden zu erstatten oder sich durch noxae deditio des ganzen Thieres, frei von jura in re, zu liberiren.[7]

4) Der Grund der Klage bestehe darin:

daß ein Thier (ein zahmes oder gezähmtes, nicht auch wildes[8], vierfüßiges oder anderes[9]) ohne Verschulden eines Menschen[10], contra naturam[11], einen näher anzugebenden Schaden unmittelbar (corpore)

---

[5] L. 1 §. 12 D. h. t. L. 1 §. 14 D. h. t. Wird das Thier während des Processes von einem Dritten getödtet, so kann die Leistung des Schadensersatzes durch Cession der actio legis Aquiliae gegen den Dritten abgewendet werden. L. 1 §. 16 D. h. t. Es ist streitig, ob Beklagter hafte, wenn das Thier während des Processes ohne sein Verschulden und ohne seine Bereicherung (etwa eine zu cedirende Klage) gestorben oder ihm sonst das Eigenthum entzogen sei. Die in Betracht kommenden Stellen, l. 1 §. 12, 13, 16 D. h. t. und l. 37, l. 38 pr. D. de nox. act. (9; 4), sind nicht bestimmt genug. Man möchte glauben, daß Beklagter nur dann hafte, wenn er ungeachtet seiner Kunde von seinem Unrecht processirt habe und daß auch in diesem Fall ihm der Beweis frei zu lassen sei, daß den Kläger bei einer noxae deditio zur Zeit der Litispendenz ein gleicher Nachtheil getroffen haben würde. Mir scheint indessen diese Ansicht verfehlt zu sein, weil die noxae deditio lediglich in solutione ist und weil bei einem Miteigenthum Beklagter sich auch nicht darauf berufen kann, daß seine Miteigenthümer ihre Zustimmung zur noxae deditio verweigerten, obschon ihn in dieser Hinsicht keine Culpa trifft.

[6] L. 7 D. de interrog. (11; 1). L. 12, l. 21 pr., l. 24, l. 26 §. 1, l. 39 pr. D. de nox. act. (9; 4).

[7] L. 1 pr. D. h. t. §. 1 J. de off. jud. (4; 17). C. 2 C. de nox. act. (3; 41). L. 17 §. 2 D. de usufr., e. q. q. u. f. (7; 1). L. 4 §. 8 D. de re jud. (42; 1). Leugnete Beklagter sein Eigenthum, so verlor er das Recht zur noxae datio. L. 1 §. 15 D. h. t. Diese Strafe des Leugnens muß ich als processualische, nicht in die C. P. O. aufgenommene für nicht mehr anwendbar ansehen.

[8] L. 1 §. 10 D. h. t.

[9] L. 4 D. h. t. Bei nicht vierfüßigen Thieren ist die Klage eine actio utilis.

[10] L. 1 §. 4—6 D. h. t. L. 52 §. 3 D. ad leg. Aquil. (9; 2).

[11] L. 1 §. 7 D. h. t. Der Grund der Klage besteht in der Annahme, als ob das Thier selbst gewissermaßen in Verschulden gewesen sei; nicht in einer präsumtiven Culpa des Eigenthümers. Von letzterer kann keine Rede sein. Denn es haftet der Eigenthümer, wenn er auch zur Zeit der Beschädigung noch gar nicht solcher war; ferner wenn er damals auch willensunfähig gewesen sein sollte; sodann nicht mehr, wenn er vor der Klagerhebung aufgehört hat, Eigenthümer zu sein, wie auch das Recht zur noxae deditio nicht mit der Annahme einer präsumtiven Culpa vereinbar wäre u. d. m. Vgl. über diesen Streitpunkt Matthiae a. a. O. I. 1. S. 101. Man beachte dabei auch noch den Umstand, daß die act. de pauperie an den Stellen im C. J. Civ., welche von den Klagen aus Quasidelicten handeln,

oder mittelbar an einer Person oder Sache angerichtet oder einen gleichen Erfolg verursacht habe[12] und daß das Thier jetzt noch lebe.[13]

5) Der Antrag gehe dahin:

Beklagten zu verurtheilen, den specificirten Schaden dem Kläger zu erstatten, oder

diesen zu erstatten, falls er es nicht vorziehe, sich durch noxae deditio zu befreien.[14]

§. 314.

VIII. Actio de pastu.

Es kommen im Allgemeinen die Grundsätze der actio de pauperie zur Anwendung. Jedoch muß es sich handeln:

1) um ein pecus, wohin Gänse u. d. m. nicht zu rechnen sind;

2) um ein Abweiden, so daß das Thier nicht contra naturam gehandelt hat;

3) um ein solches auf fremdem Grund und Boden.

---

nicht mitaufgeführt ist. Tit. J. de obl., quae quasi ex del. (4; 5). L. 5 §. 4—6 D. de O. et A. (44; 7).

[12] L. 1 §. 3 und 9 D. h. t.

[13] Das Thier muß freilich noch zur Zeit der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten — C. P. O. §. 239 —, früher der Litiscontestation — l. 1 §. 13 D. h. t. — leben. Es kann aber in dem Klageschriftsatz nur behauptet werden, daß es jetzt noch lebe. Die Angabe des Beklagten, es sei vor der Zustellung der Klage gestorben, müßte in der Replik bestritten werden. Die Beweislast würde den Kläger treffen. Ist das Thier vor der Litispendenz von einem Dritten getödtet, so kann der Beschädigte nicht mehr Zahlung oder Cession verlangen.

[14] Vgl.:

1) in Betreff des Rechts zur noxae deditio überhaupt, pr. J. h. t. und l. 1 pr. §. 14 D. h. t.;

2) in Betreff der Möglichkeit, auf Erstattung des Schadens oder hierauf, falls nicht nach Wahl des Beklagten die noxae deditio vorgezogen würde, zu erkennen, §. 1 J. de off. jud. (4; 7); l. 1 §. 11 D. h. t., und c. 2 C. de nox. act. (3; 41);

3) in Betreff des Rechts des Verurtheilten nach Röm. Recht, sich noch durch noxae deditio zu befreien, obschon das Urtheil darüber Nichts festgesetzt hat, l. 6 §. 1 D. de re jud. (42; 1);

4) in Betreff der Fassung des Antrages, der Unstatthaftigkeit eines mit auf noxae deditio lautenden Urtheils, falls keine Partei solches verlangt hat, oben §. 25;

5) in Betreff der Unzulässigkeit der noxae deditio nach heutigem Recht, wenn das Urtheil darüber Nichts bestimmt hat, daselbst.

Vgl. auch noch Schmidt, Klagen und Einreden, 7. Ausgabe, §. 1219 Note e und §. 1225 Note n; v. Vangerow a. a. O. §. 689 Anm. unter 2, und Matthiae a. a. O. I. 1. S. 101.

Läßt der Eigenthümer des Grundstücks, auf welches Früchte gefallen sind, letztere von seinem Vieh auffressen, so ist

nicht anwendbar die actio de pastu wegen der Erfordernisse unter 2 (in Ansehung des Abweidens) und 3 und wegen des Verschuldens des Eigenthümers;

nicht die actio de pauperie wegen des letzten Grundes und weil das Auffressen nicht contra naturam verstößt;

nicht die actio legis Aquiliae directa, weil nicht corpore der Schaden zugefügt ist;

nicht die actio doli wegen der Subsidiarität;

vielmehr ist anwendbar eine actio legis Aquiliae in factum oder auf Grund einer fingirten possessio eine actio ad exhibendum.[1]

C. Verschiedene andere Entstehungsgründe (variae causarum figurae).

L. 1 pr. D. de O. et A. (44; 7) sagt: „Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris". —

Eine weitere Classification der in den folgenden §§. 315 bis 349 hervorgehobenen Klagen schien mir ebensowenig angemessen, als eine solche in Ansehung der Klagen aus unerlaubten Handlungen wegen Dolus, Culpa, und einfacher Widerrechtlichkeit. Die Gesichtspunkte, welche dabei dem Einen gefallen, werden vom Anderen verworfen. Auch dürfte hier zur Vermeidung von Confusionen das Einfachste das Beste sein. Natürlich sind auch die bezüglichen §§. 315 bis 349 u. s. w. von mir geordnet. Jedoch hat die von mir gewählte Ordnung kein weiteres Interesse für den Zweck dieses Buchs und ebensowenig würde eine andere Ordnung ein solches Interesse haben. Und demnach brauchte jene Ordnung nicht durch die entsprechende Ausdrücke und Gesichtspunkte angezeigt zu werden.

---

[1] Vgl. zu §. 314 l. 14 §. 3 D. de praesc. verb. (19; 5); l. 9 §. 1 D. ad exh. (10; 4); Pauli S. R. lib. I. tit. XV. 1; c. 6 C. de lege Aquil. (3; 35). Einige verwerfen die act. de pastu ganz, indem sie immer eine Aquilische Culpa des Beklagten verlangen. S. indessen Arndts a. a. O. §. 327 Anm. 2. Gegen den herrschenden Ausdruck „actio de pastu" ist wohl nichts zu erinnern, da es in der l. 14 §. 3 D. (19; 5) heißt: „nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque damni injuriae agi posse". Ich habe daher die Klage nicht als s. g. bezeichnet. Ein Gleiches gilt übrigens auch von der actio de pauperie. Eine diesen Ausdruck noch mehr, als die l. 14 §. 3 cit., bestätigende Stelle findet sich meines Wissens nicht im C. J. Civ. Vielleicht hatte sich wegen der nicht häufigen Anwendbarkeit der Klage ein bestimmter Name gar nicht gebildet.

§. 315.

a. Die Klage aus Rechtsansprüchen auf Pensionen, Beihülfen und Bewilligungen aus dem Reichsgesetz, betreffend die Pensionirung und Versorgung der Militairpersonen des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine, sowie die Bewilligungen für die Hinterbliebenen solcher Personen, vom 27. Juni 1871.[1]

Die Klage ist durch folgende Angaben zu begründen:

1) Vor Anstellung der Klage sei der Instanzenzug bei den Militairverwaltungsbehörden erschöpft.[2]

2) Das angegangene Gericht sei zuständig.

„In Ermangelung einer anderen landesgesetzlichen Bestimmung wird der Militairfiskus durch die oberste Militair-Verwaltungsbehörde des Kontingents, der Marinefiskus durch das Marineministerium vertreten und ist die Klage bei demjenigen Gerichte anzubringen, in dessen Bezirk die betreffende Behörde ihren Sitz hat.“[3]

3) Kläger sei activ zur Sache legitimirt.

Dies können sein:

a) jeder Officier und im Officiersrang stehende Militairarzt im Reichsheere, welcher sein Gehalt aus dem Militairetat bezieht[4];

b) die Wittwen oder die ehelichen Nachkommen derselben[5];

c) insbesondere ein Kind derselben bis zum vollendeten 17. Lebensjahre[6];

d) der hinterbliebene Vater oder Großvater und die hinterbliebene Mutter oder Großmutter derselben[7];

e) die ihr Gehalt aus dem Marineetat beziehenden Officiere, sowie die im Officiersrang stehenden Aerzte und die Deckofficiere der Kaiserlichen Marine[8];

---

[1] Vgl. auch das Reichsgesetz, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Gesetzes vom 27. Juni 1871 über die Pensionirung und Versorgung der Militairpersonen rc., vom 4. April 1874. Unterm 8. Februar 1875 sind beide in Elsaß-Lothringen eingeführt.

[2] Gesetz vom 27. Juni 1871 §. 114. Vgl. auch oben §. 8 unter 1 zu A.

[3] Daselbst §. 116.

[4] Daselbst §. 2 Abs. 1.

[5] Daselbst §. 39.

[6] Daselbst §. 42.

[7] Daselbst.

[8] Daselbst §. 48.

f) die unter b—d bezeichneten hinterbliebenen Kinder und Aeltern der unter e genannten Personen[9];

g) die oberen Militairbeamten des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine[10];

h) die Hinterbliebenen derselben[11];

i) Unterofficiere und Soldaten[12];

k) untere Militairbeamte[13];

l) die Hinterbliebenen der unter i und k genannten Personen, wobei Kinder bis zum 15. Lebensjahre in Betracht kommen.[14]

4) Beklagter sei passiv zur Sache legitimirt.

Das Nähere darüber ergibt sich aus dem zu 2 Bemerkten.

5) In Betreff des Gegenstandes muß auf das Gesetz vom 27. Juni 1871 verwiesen werden[15], da eine genaue Darlegung des Gegenstandes für dieses Buch zu weit führen würde.

6) Der anzugebende Klagegrund ist nicht ein Vertrag, jedenfalls nicht immer, sondern der Regel nach nur die gesetzliche Vorschrift in Verbindung mit der Erfüllung derjenigen sehr verschiedenen Umstände, an welche das Gesetz den Anspruch knüpft. Daraus ergibt sich denn auch die Stellung der vorliegenden Obligation unter die obligationes ex variis causarum figuris.

7) Die Klage sei innerhalb 6 Monaten, nachdem dem Kläger die endgültige Entscheidung der Militairverwaltungsbehörde bekannt gemacht worden, angebracht[16], d. h. zugestellt.[17]

8) Ueber den Klagantrag ist nichts Besonderes zu bemerken.

§. 316.

b. Die Klagen aus dem Reichsgesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873.[1]

Es sind hier namentlich drei Klagen zu unterscheiden:

1) die Klage über vermögensrechtliche Ansprüche der Reichsbeamten

---

[9] Daselbst §§. 48 und 52.

[10] Daselbst §. 56.

[11] Daselbst.

[12] Daselbst §. 58.

[13] Daselbst §. 89.

[14] Daselbst §§. 94, 96 und 98.

[15] Vgl. auch oben §. 9 I 3 C.

[16] Gesetz vom 27. Juni 1871 §. 114.

[17] C. P. O. §§. 230 und 239.

[1] Für die in diesem §. 316 behandelten Klagen ist ohne Rücksicht auf den Werth

aus ihrem Dienstverhältniß, insbesondere über Ansprüche auf Besoldung, Wartegeld oder Pension, sowie über die den Hinterbliebenen der Reichsbeamten gesetzlich gewährten Rechtsansprüche auf Bewilligungen;

2) die Klage wegen Aufhebung eines Defectenbeschlusses — §§. 134—148 —;

3) die Klage, betreffend Vermögensansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassungen von Amtshandlungen.[2]

Zu 1

ist anzugeben:

a) In Ansehung des Vorverfahrens, daß die Entscheidung der obersten Reichsbehörde der Klage vorhergegangen sei.[3]

b) In Betreff der Zuständigkeit des Gerichts, daß die beklagte Behörde im Bezirke des angegangenen Landgerichts ihren Sitz habe.[4]

c) Die Activlegitimation des Klägers. Es können activ legitimirt sein:

1) der Reichsbeamte[5] selbst, als welcher auch der Reichstagsbeamte[6] behandelt wird;

---

des Streitgegenstandes ausschließlich das Landgericht zuständig. G. V. G. §. 70. S. dazu den Commentar von Struckmann und Koch.

Vgl. zum Gesetz vom 31. März 1873 auch das Reichsgesetz, betreffend die Fürsorge für die Wittwen und Waisen der Reichsbeamten der Civilverwaltung, vom 20. April 1881; und die Verordnung, betreffend die Fürsorge für die Wittwen und Waisen der Reichsbankbeamten, vom 8. Juni 1881.

[2] Das Gesetz vom 31. März 1873 ist nach §. 157 auf Personen des Soldatenstandes nur in Betreff der §§. 134—148, der Defecte, anwendbar.

Bezüglich der Klage unter 1 bleibt es daher bei den Angaben zu §. 315. In Betreff der Klage unter 3 gelten bei Personen des Soldatenstandes nur die allgemeinen Grundsätze.

[3] Gesetz vom 31. März 1873 §. 150. Vgl. auch oben §. 8 unter 1 A.

[4] Daselbst §. 151 Abs. 2.

[5] Reichsbeamte im Sinne des Gesetzes vom 31. März 1873 sind auch die mittelbaren, von den Landesregierungen angestellten, nach der Reichsverfassung den Anordnungen des Kaisers unterworfenen Beamten, nicht blos die vom Kaiser angestellten. Daselbst §. 1.

Es ist aber wohl zu beachten, daß erstere auch Landesbeamte sind und daß daraus auch Ansprüche gegen den Landesfiscus entstehen können. Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 27 und 28. — Der §. 3 des Gesetzes vom 31. März 1873 bestimmt:

„Vor dem Dienstantritte ist jeder Reichsbeamte auf die Erfüllung aller Obliegenheiten des ihm übertragenen Amtes eidlich zu verpflichten." Welche Folgen es haben würde, wenn diese Beeidigung nicht geschehen oder fehlerhaft erfolgt sein sollte, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Es kommt auf die Umstände an. Vgl. auch Oppenhoff a. a. O., 20. B. (Berlin 1879), S. 220—223.

[6] Daselbst §. 156 Abs. 1.

2) die Hinterbliebenen derselben, nämlich die Wittwe, ehelichen Nachkommen, Aeltern, Geschwister, Geschwisterkinder oder Pflegekinder [7] und die hinterbliebene Familie [8], welche nicht Erben jenes geworden zu sein brauchen [9];

3) die Erben der unter 1 Genannten. [10]

d) Die Passivlegitimation des Beklagten, des Reichsfiscus.

„Der Reichsfiskus wird durch die höhere Reichsbehörde, unter welcher der Reichsbeamte steht oder gestanden hat, oder falls er direkt unter der obersten Reichsbehörde steht oder gestanden hat, durch die oberste Reichsbehörde vertreten.“ [11]

e) Der beanspruchte Gegenstand. Dieser kann bestehen in Besoldung, Wartegeld, Pension, Umzugskosten, sonstigen Dienstemolumenten und weiter gehenden, dem Reichsbeamten etwa vor Erlaß des Gesetzes vom 31. März 1873 und vor Eintritt in den Reichsdienst zugestandenen Ansprüchen. [12]

f) Der Grund. In dieser Beziehung gilt im Allgemeinen dasselbe, was im §. 315 unter 6 bemerkt ist. [13]

g) Die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung, indem die Klage bei Verlust des Klagerechts innerhalb 6 Monaten, nachdem dem Betheiligten die Entscheidung der obersten Reichsbehörde bekannt gemacht worden, angebracht, d. h. zugestellt sein muß. [14]

h) Der Antrag, worüber nichts Besonderes hervorzuheben ist.

Zu 2.

a) Die Beobachtung des gesetzlichen Vorverfahrens. [15]

„Die Feststellung der Defekte an öffentlichem oder Privatvermögen, welche bei Reichskassen oder anderen Reichsverwaltungen entdeckt werden, ist zunächst von derjenigen Behörde zu bewirken, zu deren Geschäftskreise die unmittelbare Aufsicht über die Kasse oder andere Verwaltung gehört.“ [16]

„Von dieser Behörde ist zugleich festzustellen, ob ein Reichsbeamter und eintretenden Falls welcher Beamte nach den Vorschriften des §. 141

---

[7] Daselbst §§. 7, 8, 31 und 69.

[8] Daselbst §. 9.

[9] Daselbst §. 9.

[10] Daselbst §. 9.

[11] Daselbst §. 151 Abs. 1.

[12] Daselbst §§. 5—9, 18, 23—31, 34—71, 128—132. Vgl. oben §. 9 I 3 B.

[13] Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 28.

[14] Gesetz vom 31. März 1873 §. 150. Es kommt auf die erste nicht veränderte Entscheidung an, die auch von der ressortmäßigen Abtheilung der obersten Reichsbehörde erlassen und gezeichnet sein kann. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 110.

[15] Vgl. oben §. 8 unter 1 zu A.

[16] Daselbst §. 134.

für den Defekt zu haften hat, und bei einem Defekt an Materialien, auf wie hoch die zu erstattende Summe in Gelde zu berechnen ist.“ [17]

„Ebenso (§§. 134 und 135) hat die unmittelbar vorgesetzte Behörde die Defekte an solchem öffentlichen oder Privatvermögen festzustellen, welches, ohne zu einer Reichskasse oder anderen Reichsverwaltung gebracht zu sein, vermöge besonderer amtlicher Anordnung in den Gewahrsam eines Reichsbeamten gekommen ist.“ [18]

„Ueber den Betrag des Defekts, die Person des zum Ersatz verpflichteten Beamten und den Grund seiner Verpflichtung ist von der in den §§. 134 und 135 bezeichneten Behörde ein motivirter Beschluß abzufassen.“ [19]

„Nach Befinden der Umstände kann die Behörde auch mehrere Beschlüsse abfassen, wenn ein Theil des Defekts sofort klar ist, der andere Theil aber noch weitere Ermittelungen nothwendig macht, ingleichen, wenn unter mehreren Personen die Verpflichtung der einen feststeht, die der anderen noch zweifelhaft ist.“ [20]

„Hat die Behörde die Eigenschaft einer höheren Reichsbehörde, so ist der Beschluß nach Maßgabe der §§. 143 und 144 vollstreckbar.

In allen anderen Fällen unterliegt der Beschluß der Prüfung der vorgesetzten höheren Reichsbehörde und wird erst nach deren Genehmigung vollstreckbar.

Von dem Beschlusse ist der obersten Reichsbehörde unverzüglich Kenntniß zu geben.

Der obersten Reichsbehörde bleibt in allen Fällen unbenommen, einzuschreiten und den Beschluß selbst abzufassen oder zu berichtigen.“ [21]

„In dem abzufassenden Beschlusse ist zugleich zu bestimmen, welche Vollstreckungs- oder Sicherheitsmaßregeln behufs des Ersatzes des Defekts zu ergreifen sind.

Für diese Maßregeln sind die Gesetze des Bundesstaates, in welchem dieselben erfolgen, entscheidend.“ [22]

„Der abzufassende Beschluß kann auf die unmittelbare Verpflichtung zum Ersatz des Defekts gerichtet werden:

1) gegen jeden Beamten, welcher der Unterschlagung als Thäter oder Theilnehmer nach der Ueberzeugung der Reichsbehörde überführt ist;

---

[17] Daselbst §. 135.
[18] Daselbst §. 136.
[19] Daselbst §. 137.
[20] Daselbst §. 138.
[21] Daselbst §. 139.
[22] Daselbst §. 140.

2) a. gegen diejenigen Beamten, welchen die Kasse u. s. w. zur Verwaltung übergeben war, und zwar auf Höhe des ganzen Defekts,

b. gegen jeden anderen Beamten, der an der Einnahme oder Ausgabe, der Erhebung, der Ablieferung oder dem Transport von Kassengeldern oder anderen Gegenständen vermöge seiner dienstlichen Stellung theilzunehmen hatte, jedoch nur auf Höhe des in seinen Gewahrsam gekommenen Betrages,

sofern der Defekt nach der Ueberzeugung der Reichsbehörde durch grobes Versehen entstanden ist.

Eben dies gilt gegen die im §. 136 genannten Beamten in den daselbst bezeichneten Fällen."[23]

„Sind Beamte, gegen welche die zwangsweise Einziehung des Defekts beschlossen wird, in der Verwaltung ihres Amtes, wofür sie eine Amtskaution gestellt haben, belassen worden, so haben dieselben wegen Ersatzes des Defekts anderweite Sicherheit zu leisten. Erfolgt die Sicherstellung nicht, so findet die Zwangsvollstreckung zunächst nicht in die Kaution, sondern in das übrige Vermögen statt."[24]

„Die Verwaltungsbehörde ersucht die zuständigen Gerichte, Vollstreckungsbeamten oder Hypothekenbehörden um Vollziehung des Beschlusses.

Diese sind, ohne auf eine Beurtheilung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses einzugehen, verpflichtet, wenn sonst kein Anstand obwaltet, schleunig, ohne vorgängiges Zahlungsmandat, die Zwangsvollstreckung auszuführen, die Beschlagnahme der zur Deckung des Defekts erforderlichen Vermögensstücke zu verfügen und die in Antrag gebrachten Eintragungen im Hypothekenbuche zu veranlassen."[25]

„Gegen den Beschluß, wodurch ein Beamter[26] zur Erstattung eines Defekts für verpflichtet erklärt wird (§§. 137 und 140), steht demselben sowohl hinsichtlich des Betrages, als hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit außer der Beschwerde im Instanzenzuge der Rechtsweg zu."[27]

In der Klage muß nun dargelegt werden, daß das angegebene administrative Vorverfahren, soweit es in Betracht kommt, stattgefunden habe.

---

[23] Daselbst §. 141.

[24] Daselbst §. 142.

[25] Daselbst §. 143.

[26] Beschluß, Zwangsvollstreckung und Sicherungsmaßregeln müssen nach dem Tode des Beamten auch erst gegen die Erbmasse oder die bestimmten Erben rechtlich für statthaft erachtet werden, da es sich um einen civilen Anspruch aus einem vertragsähnlichen Verhältniß handelt. Anderenfalls hätte das Gesetz die Erbmasse oder die Erben ausdrücklich davon befreien müssen, was aber nicht geschehen ist.

Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 51.

[27] Daselbst §. 144 Abs. 1.

b) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirke die beklagte Behörde ihren Sitz hat.[28]

c) Die active Legitimation des Klägers zur Sache. Legitimirt ist der Beamte[29] und dessen Erbe.[30]

d) Die passive Legitimation des Beklagten, des Reichsfiscus, zur Sache. Der Reichsfiscus wird durch die höhere Reichsbehörde, unter welcher der Reichsbeamte steht oder gestanden hat, oder, falls er unter der obersten Reichsbehörde steht oder gestanden hat, durch diese vertreten; und zwar durch die Behörde, welche den Defectenbeschluß abgefaßt oder für vollstreckbar erklärt hat.[31]

e) Der Gegenstand. Es steht, wie bemerkt, gegen den Beschluß, wodurch ein Beamter zur Erstattung eines Defekts für verpflichtet erklärt wird (§§. 137 und 140), demselben sowohl hinsichtlich des Betrages, als hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit außer der Beschwerde im Instanzenzuge der Rechtsweg zu.[32]

Es ist der Rechtsweg nicht für ausgeschlossen zu erachten, wenn nur der Grund der sonst im Allgemeinen und ihrer Höhe nach anerkannten Ersatzverbindlichkeit, etwa Dolus im Gegensatz gegen Culpa, bestritten wird. Denn Kläger hat doch ein wesentliches rechtliches Interesse daran, daß z. B. richterlich festgestellt werde, ihm falle, wenn auch ein grobes Versehen, so doch nicht eine Unterschlagung u. d. m. zur Last. Der Ausdruck „hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit" ist also weit zu interpretiren. Auch ist der Rechtsweg noch zulässig, wenn bereits die Beschwerde im Instanzenzuge vergeblich ergriffen ist.[33]

f) Der Grund. Dieser besteht darin, daß Kläger als Beamter zur Erstattung eines Defects durch Beschluß einer höheren Reichsbehörde[34] für verpflichtet erklärt sei, er aber den Betrag oder seine Ersatzverbindlichkeit in dem unter e angegebenen Sinne oder beides bestreiten müsse. Durch den Beschluß kann der Beklagte sich keine größeren Rechte hinsichtlich der Beweislast aneignen, als ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehen. Auch können dadurch die Grundsätze über die mangelnde Nothwendigkeit einer Anticipirung nicht verändert werden.

---

[28] C. P. O. §. 20. Vgl. §. 151 Abs. 2 des vorliegenden Gesetzes.

[29] Daselbst §. 144 Abs. 1.

[30] Da der active Uebergang der Klagen auf die Erben Regel ist.

[31] Daselbst §§. 151 und 153.

[32] Daselbst §. 144 Abs. 1.

[33] Vgl. oben §. 9 I 3 B.

[34] Liegt nur ein von der höheren Reichsbehörde noch nicht genehmigter Beschluß der unteren Reichsbehörde vor, so kann noch nicht geklagt werden. Vgl. §. 139 Abs. 2, §. 144 Abs. 2 und §. 150 des vorliegenden Gesetzes.

Also im Allgemeinen genügt zur Begründung der Klage die einfache Negation des Betrages oder der Ersatzverbindlichkeit. Wenn dann Beklagte in der Klagbeantwortung diese Punkte näher begründet, müßte Kläger in der Replik darauf genau antworten. Nur sofern Kläger in der Klage einzelne Punkte des Beschlusses einräumt, müßte er auch sofort in der Klage seine Einwendungen dagegen vorbringen, wenn sonst die Klage als inept erscheinen würde.[35]

g) Die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung.

„Die Frist zur Beschreitung des Rechtsweges beträgt ein Jahr, ist eine Ausschlußfrist und beginnt mit dem Tage der dem Beamten geschehenen Bekanntmachung des vollstreckbaren Beschlusses, oder wenn der Beamte an seinem Wohnort nicht zu treffen ist, mit dem Tage des abgefaßten Beschlusses."[36]

h) Der Antrag. Dieser ergibt sich aus den Angaben zu e.

Ueber die oben im §. 9 I 3 B unter c erwähnte Zulässigkeit des Rechtsweges wegen Aufhebung einer zur Sicherung des Ersatzes eines Defects angeordneten Beschlagnahme vgl. die §§. 145—147 des vorliegenden Gesetzes, namentlich den §. 147 Abs. 2. Die danach mögliche Klage ist aber die soeben unter 2 dargestellte, nur mit dem Unterschiede, daß es sich dabei auch um Aufhebung der Beschlagnahme handelt.

Zu 3.

Bei dieser Klage kommt der §. 154 des Gesetzes vom 31. März 1873 in Betracht.[37]

Zur Begründung sind folgende Punkte hervorzuheben:

a) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Mit Rücksicht auf den durch das E. G. zur C. P. O. nicht aufgehobenen §. 154 muß aus der Klage hervorgehen, daß der Beamte entweder zur Zeit der Verletzung seiner Amtspflicht oder zur Zeit der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz in dem Bezirke des angegangenen Landgerichts gehabt habe[38] oder habe.

b) Die Activlegitimation des Klägers. Als solcher kann jeder Interessent auftreten, sowohl eine Privatperson, als auch der Fiscus.

c) Die Passivlegitimation des Beklagten. Verklagt werden kann

---

[35] Vgl. Schl.-Holst. A. v. 1877, S. 204 und 205.

[36] Gesetz vom 31. März 1873 §. 144 Abs. 2.

[37] Vgl. den §. 11 des E. G. zum G. V. G.

[38] Der betreffende Gerichtsstand ist meistens der der unerlaubten Handlung, indem letztere von Seiten des ein nothwendiges Domicil habenden Beamten, der als solcher gefehlt hat, doch auch der Regel nach als in diesem begangen behandelt werden kann.

der Reichsbeamte. Die Erben desselben haften, soweit die Erbschaft reicht; jedoch dem klagenden Reichsfiscus gegenüber oder, sofern sonst zwischen dem Kläger und dem Erblasser ein contractliches oder ähnliches Verhältniß anzunehmen ist, aufs Ganze.[39]

d) Der Gegenstand. Dieser ist der zu specificirende Schaden.

e) Der Grund, welcher darin besteht, daß der Reichsbeamte sich einer Ueberschreitung seiner amtlichen Befugnisse oder einer pflichtwidrigen Unterlassung von Amtshandlungen in schuldvoller Weise[40] schuldig gemacht habe und daß dadurch der angegebene Schaden verursacht sei. Wenn der Beamte auf Ordre seiner vorgesetzten Behörde oder unter deren nachträglicher Genehmigung gehandelt hat, so kann letztere oder deren Vorsteher belangt werden und der Beamte überdies nur dann, wenn er die Befolgung der Ordre ablehnen konnte. Doch läßt es sich auch denken, daß ungeachtet dieser Möglichkeit die Ordre den Umständen nach der Annahme eines Verschuldens entgegensteht.[41]

f) Der Antrag. Derselbe geht auf Verurtheilung zur Zahlung des angegebenen Schadens.

§. 317.

c. Die Klagen wegen Enteignungen und ähnlicher Anordnungen.[1]

Derjenige, welchem im öffentlichen Interesse unbewegliche oder bewegliche Sachen enteignet oder Beschränkungen in Ansehung der freien Verfügung über dieselben oder in Betreff ihrer Benutzung auferlegt sind,

---

[39] Wenn auch §. 154 nach §. 157 auf Personen des Soldatenstandes keine Anwendung findet, so wird doch die vorstehende Klage auch in Ansehung letzterer anwendbar sein, weil sie durchweg der Natur der Sache entspricht.

[40] Das Genauere ergibt sich aus den oben im §. 294 angegebenen, auch auf die vorliegende Klage anzuwendenden Grundsätzen. Wegen zu allgemeiner und zu unbestimmter Fassung läßt sich weder aus dem §. 10 des Gesetzes vom 31. März 1873 eine Haftung für jede Culpa, noch aus dem §. 13 eine solche für einfache Widerrechtlichkeit ableiten. Vgl. auch l. 6 D. de adm. rer. ad. civ. pert. (50; 8). Im Uebrigen kann ich darauf kein Gewicht legen, ob zwischen dem Beamten und dem Kläger ein contractliches Verhältniß besteht oder nicht. Es ist in beiden Fällen nur darauf zu sehen, ob es sich um operae liberales handelt oder nicht. Im ersteren Fall haftet der Beamte für culpa lata, im letzteren für culpa levis, und zwar in concreto, wenn er das Amt nicht ablehnen konnte.

[41] Vgl. l. 5 §. 12, l. 11 §. 7 D. quod vi a. clam (43; 24).

[1] Vgl. l. 14 §. 1 D. quemadmod. serv. am. (8; 6);
l. 27 und 28 D. ad leg. Jul. de adult. (48; 5);
l. 6 pr., l. 13 D. de quaest. (48; 18);
c. 9 C. de oper. publ. (8; 11);
Bundesgesetz, betreffend die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während

kann der Regel nach (s. Note 16) von demjenigen, der die Enteignung oder Beschränkung angeordnet hat, bezw. von dem in gesetzlicher Weise als entschädigungsverpflichtet Bezeichneten Entschädigung, nöthigenfalls klageweise, beanspruchen.

Zur Begründung der Klage ist Folgendes hervorzuheben:

1) Es sei ein etwa gesetzlich vorgeschriebenes, vorbereitendes Verfahren vorhergegangen[2]; es möchte denn wegen grundloser Verweigerung der Einleitung dieses Verfahrens zunächst blos darauf geklagt werden, daß es eingeleitet werde.[3]

2) Das angegangene Gericht sei zuständig. Bei Grundstücken ist stets der Gerichtsstand der belegenen Sache anwendbar[4], aber nicht aus-

---

des Friedenszustandes, vom 25. Juni 1868, eingeführt in Bayern und Württemberg durch Reichsgesetze vom 9. Februar 1875;

Reichsgesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, vom 28. October 1871, (§. 17);

Reichsgesetz, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, vom 21. December 1871, (§§. 39—44), durch Gesetz vom 21. Februar 1872 in Elsaß-Lothringen eingeführt (s. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 217);

Reichsgesetz über die Kriegsleistungen, vom 13. Juni 1873, nebst Verordnung, betreffend die Ausführung des Gesetzes vom 13. Juni 1873 über die Kriegsleistungen, vom 1. April 1876;

Strandungsordnung, vom 17. Mai 1874, (§§. 9 und 25);

Reichsgesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden, vom 13. Februar 1875;

Reichsgesetz, Maßregeln gegen die Reblauskrankheit betreffend, vom 6. März 1875;

Reichsgesetz, betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen, vom 23. Juni 1880, (§§. 57--64).

Im Uebrigen ist zu beachten, daß nach dem auch eine zukünftige Landesgesetzgebung gestattenden — E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 121 — §. 15 des E. G. zur C. P. O. die landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen, unberührt bleiben. Der §. 15 bezieht sich gerade auf das processualische, landesgesetzliche, gegenwärtige oder künftige Verfahren. Denn das der Klage vorhergehende, landesgesetzliche vorbereitende Verfahren ist materieller Natur, bleibt also auch ohne den §. 15 unberührt. Der Grund der vorliegenden Ausnahme ist nach den Mot. „das die Expropriation beherrschende öffentliche Recht".

Vgl. noch oben §. 263 Note 5 und unten §. 334; ferner Treichler, Ueber zwangsweise Abtretung, in der Zeitschrift für deutsches Recht, 12. B. (Tübingen 1848), S. 123—166; v. Rohland, Zur Theorie und Praxis des deutschen Enteignungsrechts (Leipzig 1875), und Bohlmann, Die Praxis in Expropriationssachen, 2. Ausgabe (Berlin 1881).

[2] S. z. B. das genannte Gesetz vom 21. Dec. 1871 §§. 40, 41 und 44 und vom 13. Februar 1875 §. 16.

[3] S. oben §. 8 unter 1 A.

[4] Gesetz vom 21. December 1871 §. 42 Abs. 2. C. P. O. §. 27.

schließlich. Bei beweglichen Sachen ist dieser Gerichtsstand nicht statthaft, weil die Gesetze den dinglichen Gerichtsstand sowohl im Allgemeinen, als auch wegen Enteignung, nur bei Grundstücken zulassen.[5]

3) Kläger sei activ zur Sache legitimirt. Dies ist vor Allen der Eigenthümer mit Einschluß dessen, dem man ein s. g. dominium utile beilegt.

Wenn das Reichsgesetz vom 21. December 1871 vom Besitzer spricht[6], so ist darunter offenbar ein solcher Eigenthümer zu verstehen. Der Eigenthümer hat sich mit anderen Realberechtigten wiederum abfinden.[7]

Nach dem Gesetz vom 23. Juni 1880 §. 60 wird die zu leistende Entschädigung (für die auf polizeiliche Anordnung getödteten oder nach dieser Anordnung an der Seuche gefallenen Thiere), sofern ein anderer Berechtigter nicht bekannt ist, demjenigen gezahlt, in dessen Gewahrsam oder Obhut sich das Thier zur Zeit der Tödtung befand. Mithin ist in diesem Fall der Detentor activ zur Sache legitimirt.

Wenn nach dem betreffenden Gesetz ein Betheiligter klagen könnte, würde auch ein Hypothekengläubiger activ zur Sache legitimirt sein.[8]

4) Beklagter sei passiv zur Sache legitimirt.

Dies ist meistens der Fiscus; wenn im Interesse des Reichs die Enteignung stattgefunden hat, der Reichsfiscus.[9]

Nach dem Gesetz vom 21. December 1871 wird in den Fällen desselben der Reichsfiscus durch die Commandantur vertreten.[10]

Nach dem Gesetz vom 23. Juni 1880 §. 58 sind die Bestimmungen darüber, von wem die Entschädigung zu gewähren sei, von den Einzelstaaten zu treffen.

---

[5] C. P. O. §§. 25—27.

[6] Gesetz vom 21. December 1871 §§. 39, 41, 43.

[7] Daselbst §. 37.

[8] E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 76. Der Umstand, daß bei dem Vorverfahren Jemand als entschädigungsberechtigt oder entschädigungsverpflichtet behandelt ist, befreit nicht von der Verpflichtung des Klägers, die Activ- und Passivlegitimation in der gewöhnlichen Weise thatsächlich genügend zu begründen. Natürlich kann man sich dabei auch auf eine bindende Anerkennung berufen. Der Umstand, daß im Vorverfahren Jemand als berechtigt oder verpflichtet behandelt ist, ist nicht geeignet, in diesen Hinsichten den Rechtsweg auszuschließen. S. indessen auch E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 65.

[9] Gesetz vom 6. März 1875 §. 3. — „Wer im einzelnen Fall die Entschädigung wegen der Expropriation — — — zu leisten hat, hängt davon ab, in wessen Interesse die Expropriation erfolgt, ob insbesondere deren Nutzen dem Staate in seiner Gesammtheit oder innerhalb desselben bestimmten Kreisen oder Personen zu Gute kommt.“ Striethorst's Archiv 34. B. Nr. 39.

[10] Gesetz vom 21. December 1871 §. 42 Abs. 1.

5) Es handle sich um die Einleitung des außergerichtlichen Entschädigungsverfahrens oder die Entschädigungspflicht oder das Vorhandensein eines Schadens und die Höhe der Entschädigung.[11]

Letztere müßte genau specificirt oder es müßte unter Darlegung der in Betracht kommenden Umstände auf die vom Gericht auf Grund der Gutachten von Sachverständigen billigerweise festzustellende Summe geklagt werden.

Das Gesetz vom 23. Juni 1880 bestimmt im §. 59, daß als Entschädigung der gemeine Werth des Thieres gewährt werden solle, ohne Rücksicht auf den Minderwerth, welchen das Thier dadurch erleide, daß es mit der Seuche behaftet sei. Das Genauere enthalten die §§. 59—64.

Im Allgemeinen kommt es in Ansehung der Höhe des Schadens an auf den Zeitpunkt der Perfection der Enteignung, auf den vollen objectiven (nicht affectionellen) Werth des Enteigneten für den bisherigen Eigenthümer (nicht einen etwaigen Käufer) nebst dem Minderwerth des Behaltenen und selbstverständlich auch auf den ursachlichen Zusammenhang zwischen Enteignung und Schaden.[12]

Die Frage, ob ein genügender Grund zur Enteignung vorgelegen habe, kann nicht in der Weise Gegenstand der Klage sein, daß selbige vom Gericht rückgängig gemacht werden dürfte. Lediglich die zuständige administrative Behörde kann jene Frage beantworten und eine Enteignung rückgängig machen.[13]

---

[11] Daselbst §§. 40 Abs. 2—6, 41 Abs. 1—3, 44 Abs.. 3.
Gesetz vom 6. März 1875 §. 3.

[12] Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. Bd. Nr. 65, 5. B. Nr. 68. Perfect ist die Enteignung, wenn sie definitiv feststeht. Die Zeit der Tradition, der Feststellung der Entschädigung u. d. m. ist unerheblich. S. jedoch auch Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 202.

[13] Vgl. H. A. v. 1858, S. 85. Derselbe Grundsatz ist auch anderweitig anzuwenden. Wenn z. B. Jemandem ein ausschließliches Gewerbeprivilegium verliehen und späterhin auch einem Anderen ein Privilegium in Widerspruch mit jenem ertheilt ist, so kann nicht auf Cassirung des letzteren, sondern nur auf Entschädigung, und zwar gegen den Verleiher des folgenden Privilegiums, geklagt werden. Die Aufhebung oder Einschränkung eines Privilegiums ist ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt, auf welche, als unveräußerliches Recht, gar nicht verzichtet werden kann. Deshalb kann von einer Cassirung durch den Richter nie die Rede sein. Dagegen begründet allgemein die Verletzung oder Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts, mag es auch durch ein Privilegium entstanden sein, einen Entschädigungsanspruch, und darüber zu erkennen, ist der Richter zuständig. Vgl. Elvers, Themis, 2. B. Heft 1 (Göttingen 1829), S. 150 fg.

Wenn übrigens die Statthaftigkeit der Enteignung nicht von der zuständigen Behörde festgestellt, sondern ohne Weiteres vom Enteigneten anerkannt ist (Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 34) und dann über die rechtliche Gültigkeit dieser Anerkennung

6) Der Grund der Klage bestehe darin, daß eine Enteignung[14], bezw. eine Beschränkung[15] des Eigenthümers in der freien Benutzung oder Disposition stattgefunden habe.[16]

Dabei gilt die Regel, daß der Besitzer die Ausdehnung der Enteignung auch auf diejenigen Sachen (namentlich Theile des fraglichen Grundstücks) zu verlangen berechtigt ist, deren fernere Benutzung in der bisherigen Weise nach dem Gutachten von Sachverständigen durch die Enteignung der zunächst expropriirten Sachen wesentlich beeinträchtigt, erschwert oder verhindert werden würde.[17]

Eintretenden Falls müßte in der Klage das Recht, eine solche Ausdehnung zu verlangen, genau dargelegt werden. Namentlich würde diese Klagbegründung bei einer blos auf Feststellung der Entschädigungspflicht gerichteten Klage in Betracht kommen. Ist enteignet und steht die Ausdehnung nicht in Frage, so wird die Entschädigungspflicht an sich selten streitig sein können.

Wenn ein bestimmter Betrag als Höhe des Schadens beansprucht ist, so müßte die Angemessenheit desselben insbesondere genau begründet werden.

Bei einer Klage auf fernere Entschädigung wird der Regel nach zur genügenden Substantiirung auch die bereits erhaltene Entschädigung berücksichtigt werden müssen, es möchte denn dargelegt werden können, daß diese nicht von Einfluß auf jene sei, auch das richtige Verständniß des ferner erhobenen Anspruchs nicht eine Erörterung über den bereits erledigten Anspruch erforderlich machen.

Der Regel nach können auch die aus dem Unternehmen, für welches enteignet ist, veranlaßten Nachtheile ersetzt verlangt werden (die Nachtheile der Anlage und des Betriebes im Gegensatz gegen die der bloßen

---

ein Streit entsteht, so würde darüber allerdings das Gericht entscheiden können. Sollte dann rechtskräftig die Ungültigkeit der Anerkennung erkannt sein, so müßte wiederum die administrative Behörde wegen Anordnung der Enteignung angegangen werden.

[14] Gesetz vom 21. December 1871 §. 41 Abs. 4 und 5. Die Entziehung des Eigenthums durch Zufälle, z. B. in Folge der Entstehung eines neuen Flußbetts, ist keine Enteignung im Sinne der vorliegenden Klage.

[15] Daselbst §§. 39—41 Abs. 3, 43—44 Abs. 3. Vgl. auch Schl.-Holst. A. v. 1872, S. 73 fg.

[16] Während bei einer Enteignung stets entschädigt werden muß, kann man bei einer bloßen Beschränkung mit Rücksicht auf die bestehenden Gesetze nur dann eine Entschädigungspflicht annehmen, wenn solches speciell vorgeschrieben ist. Vgl. Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 600—608. Der Natur der Sache entspricht dies allerdings nicht und in gesetzgeberischer Hinsicht wäre gewiß ein allgemeines Entschädigungsgesetz zu empfehlen.

[17] Daselbst §. 41 Abs. 4.

Enteignung). Es wird dann aber meistens, namentlich in Betreff des Betriebes im Gegensatz gegen die Anlage, darzulegen sein, daß die Nachtheile nicht eingetreten sein würden, wenn nicht das Grundstück des Klägers, sondern ein benachbartes, enteignet wäre.[18]

Nach dem Gesetz vom 23. Juni 1880 besteht der Grund der Klage darin, daß ein Thier auf polizeiliche Anordnung getödtet oder nach dieser Anordnung an der Seuche gefallen ist. Für die Schäden, welche durch sonstige Schutzmaßregeln gegen die Seuchengefahr (§§. 18—29) verursacht sind, kann eine Entschädigung nicht verlangt werden, sie möchte denn nach Landesgesetzen begründet sein.

7) Die Klage sei rechtzeitig erhoben (zugestellt), sofern für deren Anstellung eine Ausschlußfrist festgesetzt ist.[19]

8) Somit werde beantragt, den Beklagten zu verurtheilen, das außergerichtliche Entschädigungsverfahren einzuleiten, oder die Entschädigungspflicht oder das Vorhandensein eines Schadens oder dessen Höhe anzuerkennen, bezw. zu zahlen.

Wenn in Vorstehendem eine Klage des Enteigners oder des Beschränkenden nicht berücksichtigt ist, so darf dies nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als ob sie nicht möglich sei. Sie wird nur seltener vorkommen. Sollte z. B. die in dem administrativen Entschädigungsverfahren von den Sachverständigen oder der sonst zuständigen Behörde ermittelte Entschädigungssumme dem Enteigner oder dem Beschränkenden zu hoch erscheinen, so würde einer Klage desselben auf Minderung dieser Summe in Ermangelung einer besonderen entgegenstehenden Vorschrift[20] Nichts im Wege stehen.

§. 318.

d. Die Klage aus dem Bankgesetz vom 14. März 1875 gegen eine Privatnotenbank auf Entziehung der Befugniß zur Notenausgabe.[1]

Es ist geltend zu machen:

1) Kläger sei als Reichskanzler oder als Regierung des Bundes-

---

[18] E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 68, 7. B. Nr. 73.

[19] S. z. B. Gesetz vom 21. December 1871 §. 41 Abs. 3 und §. 44 Abs. 3.

[20] Nach dem Gesetz vom 21. December 1871 kann die Militairbehörde den Beschluß der höheren Verwaltungsbehörde über die Feststellung der Entschädigung im Rechtswege nicht anfechten, sondern nur eine eigentliche Enteignung verlangen. §. 41 des Gesetzes und die Mot. dazu.

[1] Gesetz vom 14. März 1875 §§. 50 bis 54.

staates, in welchem die Bank ihren Sitz habe, activ zum Proceß in Vertretung des Reichs, bezw. des Bundesstaates legitimirt.

2) Beklagte sei als Privatnotenbank passiv zur Sache legitimirt.

3) Als Gegenstand komme die Entziehung der Befugniß zur Notenausgabe und zugleich die Verpflichtung zur Einziehung der Noten in Betracht.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß

a) die Vorschriften der Statuten, des Privilegiums oder des gegenwärtigen Gesetzes über die Deckung für die umlaufenden Noten verletzt worden seien oder der Notenumlauf die durch Statut, Privilegien oder Gesetz bestimmte Gränze überschritten habe;

oder

b) die Bank vor Erlaß der im §. 45 des genannten Gesetzes erwähnten Bekanntmachung des Reichskanzlers außerhalb des durch §. 42 ihr angewiesenen Gebiets die in §. 42 ihr untersagten Geschäfte betrieben habe oder betreibe oder außerhalb des durch §. 43 ihr angewiesenen Gebiets ihre Noten vertreibe oder vertreiben lasse;

oder

c) die Bank die Einlösung präsentirter Noten nicht bewirkt habe

1) an ihrem Sitze am Tage der Präsentation,

2) an ihrer Einlösungsstelle (§. 44 Nr. 4) bis zum Ablaufe des auf den Tag der Präsentation folgenden Tages,

3) an sonstigen durch die Statuten bestimmten Einlösungsstellen bis zum Ablaufe des dritten Tages nach dem Tage der Präsentation;

oder

d) das Grundcapital sich durch Verluste um ein Drittheil vermindert habe.[2]

5) Beantragt werde demnach, der Beklagten die Befugniß zur Notenausgabe zu entziehen und zugleich die Verpflichtung zur Einziehung der Noten aussprechen zu wollen.

---

[2] Dolus oder Culpa ist nach diesen Gründen nicht erforderlich. Es konnte aber fraglich sein, ob die vorliegende Klage nicht unter die Klagen wegen einfacher Widerrechtlichkeit zu stellen sei, indem, wenn auch nicht im Fall unter d, so doch in den Fällen unter a—c eine solche vorliegt, so daß auch der Gegenbeweis eines unabwendbaren Zufalls, einer vis major, nicht eines gewöhnlichen Zufalls, statthaft sein muß. Vgl. oben §. 263. Da ich aber annehme, daß es sich in Wirklichkeit meistens um den Grund unter d handeln wird, so habe ich die Stellung unter die Obligationen ex variis causarum figuris vorgezogen.

§. 319.

e. Die Klagen aus dem Reichsgesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs, vom 28. October 1871. [1]

Hierbei sind die Klagen
I. der Postanstalten und
II. gegen dieselben zu unterscheiden.

I. In Betreff der Klagen der Postanstalten ist Folgendes zu beachten.

„Die Postanstalten sind berechtigt, unbezahlt gebliebene Beträge an Personengeld, Porto und Gebühren nach den für die Beitreibung öffentlicher Abgaben bestehenden Vorschriften exekutivisch einziehen zu lassen.“[2]

„Die mit Beitreibung exekutionsreifer Forderungen im Allgemeinen betrauten Organe sind verpflichtet, die von den Postanstalten angemeldeten rückständigen Beträge an Personengeld, Porto und Gebühren im Wege der Hülfsvollstreckung einzuheben.“[3]

Hiernach wird eine civilprocessualische, das Gesetz vom 28. October 1871 betreffende Klage von Seiten der Postanstalten selten vorkommen. Da indessen nach dem §. 25 Abs. 1 die Postanstalten nur berechtigt sind, unbezahlt gebliebene Beträge an Personengeld, Porto und Gebühren nach den für die Beitreibung öffentlicher Abgaben bestehenden Vorschriften executivisch einziehen zu lassen, so können sie dies auch unterlassen und selbst im Civilproceßwege klagen. Unter Umständen kann dies angemessen sein, weil dem Exequirten doch nach §. 25 Abs. 3 die Betretung des Rechtsweges offen steht.

Daß Postanstalten bei civilrechtlichen Ansprüchen, welche mit dem Gesetz vom 28. October 1871 gar nichts zu thun haben, z. B. gegen Handwerker und Fuhrleute, nicht selten im Wege des Civilprocesses klagen werden und klagen müssen, versteht sich von selbst.

II. Was die Klagen gegen die Postanstalt anbetrifft, so sind namentlich folgende hervorzuheben:

1) wegen verweigerter Annahme und Beförderung von Postsendungen;

---

[1] In Ansehung des Telegraphenwesens vgl. die Telegraphen-Ordnung für das Deutsche Reich, vom 21. Juni 1872, namentlich die §§. 26 und 28, sowie vom 13. August 1880, namentlich §. 24. Vgl. übrigens auch H. G. B. Art. 421 Abs. 2 und 449, sowie in Ansehung der anwendbaren allgemeinen Rechtsgrundsätze Endemann a. a. O. §. 162.

[2] Gesetz vom 28. October 1871 §. 25 Abs. 1.

[3] Daselbst §. 25 Abs. 2.

2) wegen Verlustes oder Beschädigung, verzögerter Beförderung oder Bestellung von Postsendungen;

3) wegen Verlustes oder Beschädigung von Passagiergut;

4) wegen körperlicher Beschädigung eines Reisenden;

5) wegen Benutzung von Wiesen und Aeckern statt der öffentlichen Wege;

6) wegen Hülfeleistung in Nothfällen;

7) wegen grundloser Bereicherung der Postarmen- oder Unterstützungskasse.

Bezüglich der Klagen unter 2—4 ist zu bemerken, daß sie binnen einer Frist von 6 Monaten verjähren, daß aber Kläger die Beobachtung dieser Frist nicht darzulegen hat, da es sich eben um eine Verjährung handelt.[4]

1. Die Klage wegen verweigerter Annahme und Beförderung von Postsendungen.[5]

Zur Begründung ist hervorzuheben:

a) Kläger sei activ zur Sache legitimirt. Dies ist derjenige, welcher selbst oder durch einen Anderen die Annahme und Beförderung verlangt hat; desgleichen der Adressat, dieser jedoch nur als Cessionar.

b) Beklagte sei passiv zur Sache legitimirt. Dies ist diejenige Oberpostdirection oder diejenige mit deren Function beauftragte Postbehörde, in deren Bezirk der Ort der verweigerten Annahme oder Beförderung liegt.[6]

c) Es handle sich um Ersatz eines genau zu specificirenden Schadens, wenn auch mittelbaren Schadens oder entgangenen Gewinns.[7]

d) Bei der fraglichen Postsendung seien die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. October 1871 und des Postreglements beobachtet, dennoch sei die Annahme oder Beförderung der Postsendung von der Post grundlos schuldvoller Weise[8] verweigert[9], dadurch aber der specificirte Schaden verursacht.

---

[4] §. 14 des vorliegenden Gesetzes in den Worten „Diese Verjährung".

[5] Diese Klage verjährt nicht in 6 Monaten. Ueber die Statthaftigkeit dieser Klage, im Gegensatz gegen eine bloße administrative Beschwerde, s. Endemann a. a. O. §. 160 Note 11.

[6] Vgl. Gesetz vom 28. October 1871 §. 13.

[7] Nicht entgegen steht §. 12 des Gesetzes, da derselbe sich nur auf die Klagen unter 2—5 bezieht.

[8] In Ermangelung einer genügenden gesetzlichen Vorschrift, daß die einfache Widerrechtlichkeit hier haftbar mache, ist nach Maßgabe des §. 294 dieses Buchs ein Verschulden erforderlich. Ich halte es aber keineswegs für unzweifelhaft, daß die einfache Widerrechtlichkeit nicht ausreiche.

[9] Gesetz vom 28. October 1871 §. 3.

Auch darf keine im Gebiete des Deutschen Reichs erscheinende politische Zeitung vom Postdebit ausgeschlossen und ebensowenig darf bei der Normirung der Provision, welche für die Beförderung und Debitirung der im Gebiete des Deutschen Reichs erscheinenden Zeitungen zu erheben ist, nach verschiedenen Grundsätzen verfahren werden. Die Post besorgt die Annahme der Pränumeration auf die Zeitungen, sowie den gesammten Debit derselben.[10]

Es kann die Klage mithin auch auf eine schuldvolle Verletzung dieser Grundsätze gestützt werden.

e) Der Antrag ist auf Verurtheilung zur Zahlung des angegebenen Schadens zu richten.

2. Die Klage wegen Verlustes oder Beschädigung, verzögerter Beförderung oder Bestellung von Postsendungen.[11]

a) In Betreff der Activlegitimation ist der Absender zufolge des Vertrages zwischen ihm und der Postanstalt, aber auch der Adressat als der nach dem Willen beider Theile berechtigte Empfänger[12] activ legitimirt.

b) Hinsichtlich der Passivlegitimation gilt das zu 1 b Bemerkte.

c) Der beanspruchte Schaden ist genau zu specificiren.

„Die Postverwaltung leistet dem Absender im Falle reglementsmäßig erfolgter Einlieferung Ersatz:

I. für den Verlust und die Beschädigung

1) der Briefe mit Werthangabe,

2) der Packete mit oder ohne Werthangabe,

II. für den Verlust der rekommandirten Sendungen, denen in dieser Beziehung Sendungen gleichgestellt werden, welche zur Beförderung durch Estafette eingeliefert sind.

Für einen durch verzögerte Beförderung oder Bestellung der unter I. bezeichneten Gegenstände entstandenen Schaden leistet die Postverwaltung nur dann Ersatz, wenn die Sache durch die verzögerte Beförderung oder Bestellung verdorben ist, oder ihren Werth ganz oder theil-

---

[10] Daselbst. Ueber die allgemeine „rechtliche Natur der bei dem Zeitungs- und Zeitschriftendebit der Reichspost eintretenden Rechtsverhältnisse zwischen der Post, den Verlegern und den Abonnenten" (Frachtgeschäft und Mandat) s. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 4.

[11] Ueber verschiedene Einreden gegen diese Klage vgl. die §§. 6, 7, 8, 14 und 15 des Gesetzes vom 28. October 1871.

[12] In Gemäßheit allgemeiner Grundsätze. Vgl. oben §. 12 unter 3 B.

weise verloren hat. Auf eine Veränderung des Kurses oder marktgängigen Preises wird jedoch hierbei keine Rücksicht genommen."

— — — — — — — — — — — — — — — — — — —

— — — — — — — — — — — — — — — — — — —

„Für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge leistet die Postverwaltung Garantie.

Für andere, als die vorstehend bezeichneten Gegenstände, insbesondere für gewöhnliche Briefe, wird weder im Falle eines Verlustes oder einer Beschädigung, noch im Falle einer verzögerten Beförderung oder Bestellung Ersatz geleistet." [13]

„Wenn eine Werthangabe geschehen ist, so wird dieselbe bei der Feststellung des Betrages des von der Postverwaltung zu leistenden Schadenersatzes zum Grunde gelegt." [14]

„Wenn bei Packeten die Angabe des Werthes unterblieben ist, so vergütet die Postverwaltung im Falle eines Verlustes oder einer Beschädigung den wirklich erlittenen Schaden, jedoch niemals mehr, als Einen Thaler für jedes Pfund (= 500 Gramme) der ganzen Sendung. Packete, welche weniger als ein Pfund wiegen, werden den Packeten zum Gewicht von Einem Pfunde gleichgestellt und überschießende Pfundtheile für Ein Pfund gerechnet." [15]

„Für eine rekommandirte Sendung, sowie für eine zur Beförderung durch Estafette eingelieferte Sendung (§. 6. II.) wird dem Absender im Falle des Verlustes, ohne Rücksicht auf den Werth der Sendung, ein Ersatz von vierzehn Thalern gezahlt." [16]

Ein mittelbarer Schaden oder ein entgangener Gewinn ist nicht zu ersetzen. [17]

d) Der hervorzuhebende Grund der Klage ist der Vertrag zwischen der Postanstalt und dem Absender in Verbindung damit, daß die Einlieferung reglementsmäßig erfolgt; der Verlust oder die Beschädigung, bezw. die verzögerte Beförderung der Bestellung eingetreten; auf eine Postanweisung der eingeklagte Betrag eingezahlt; die Werthangabe geschehen, bezw. nicht geschehen sei; und eine rekommandirte oder Estafettensendung vorliege; somit aber die Beklagte für den eingeklagten Betrag gesetzlich[18] haftbar sei.

e) Der Antrag ist der gewöhnliche.

---

[13] Daselbst §. 6. [14] Daselbst §. 8. [15] Daselbst §. 9.

[16] Daselbst §. 10.

[17] Daselbst §. 12.

[18] Es ist weder Dolus, noch Culpa, noch einfache Widerrechtlichkeit, noch eine besondere Garantieübernahme erforderlich. Dadurch wird die in Betreff der Ersatzverbindlichkeit etwas starke Begünstigung der Postverwaltung durch die Gesetzgebung wenigstens theilweise wieder ausgeglichen.

3. Die Klage wegen Verlustes oder Beschädigung von Passagiergut.[19]

Es ist anzugeben:

a) In Betreff der Activlegitimation sei der Reisende, welcher das Passagiergut eingeliefert habe, activ legitimirt.

b) Von der Passivlegitimation gilt das zu 1 b Bemerkte.

c) Es handle sich um Ersatz des zu specificirenden Schadens. Ist eine Werthangabe geschehen, so wird dieselbe bei der Feststellung des Betrages des von der Postverwaltung zu leistenden Schadensersatzes zum Grunde gelegt.[20]

Wenn die Angabe des Werthes unterblieben ist, so vergütet die Postverwaltung im Falle eines Verlustes oder einer Beschädigung den wirklich erlittenen Schaden, jedoch niemals mehr als einen Thaler für jedes Pfund (= 500 Gramme) des ganzen Passagierguts. Pfundtheile werden dabei für Ein Pfund gerechnet.[21]

Ein mittelbarer Schaden oder ein entgangener Gewinn kommt nicht in Betracht.[22]

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger bei Reisen mit den ordentlichen Posten Passagiergut reglementsmäßig eingeliefert habe und daß dieses verloren oder beschädigt, sowie daß dadurch der unter c bezeichnete unmittelbare Schaden verursacht sei.[23]

Bei der Extrapostbeförderung wird für den Verlust oder die Beschädigung von Sachen, welche der Reisende bei sich führt, Entschädigung von der Postverwaltung nicht geleistet.[24]

e) Der Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu c.

4. Die Klage wegen körperlicher Beschädigung eines Reisenden.[25]

a) Kläger sei der Reisende.

b) In Betreff der Passivlegitimation gilt das zu 1 b Angegebene.

c) Es handle sich um Ersatz der zu specificirenden Heilungs- und Verpflegungskosten.[26]

---

[19] Ueber Einreden s. §§. 8, 14 und 15 daselbst.

[20] Daselbst §. 11 unter 1 und §. 8.

[21] Daselbst §. 11 unter 1 und §. 9.

[22] Daselbst §. 12.

[23] Daselbst §. 11.

[24] Daselbst §. 11.

[25] Ueber Einreden s. die §§. 11 Abs. 1 und 2, 14 und 15.

[26] Daselbst §. 11 Abs. 1 unter 2.

d) Der Grund bestehe darin, daß Kläger bei einer Reise mit der ordentlichen Post, nicht auch bei Extrapostbeförderung[27], körperlich beschädigt sei, daß dadurch die unter c bezeichneten Kosten verursacht, sie auch erforderlich gewesen seien.[28]

e) Der Antrag folgt aus dem zu c Bemerkten.

5. Die Klage wegen Benutzung von Wiesen und Aeckern statt der öffentlichen Wege.[29]

Zur Begründung der Klage ist zu behaupten:

a) die Activlegitimation des Klägers als Eigenthümers[30] des benutzten Landes;

b) die Passivlegitimation der Beklagten, worüber das zu 1 b Bemerkte gilt;

c) daß dem Kläger der zu specificirende Schaden (wenn auch entgangener Gewinn oder mittelbarer Schaden) erwachsen sei;

d) dadurch, daß die ordentliche oder Extrapost oder ein Curier oder eine Estafette sich in einem besonderen Fall, in dem die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passiren gewesen, eines Neben- oder Feldweges oder der ungehegten Wiese oder des ungehegten Ackers des Klägers bedient habe[31];

e) daß demnach auf Verurtheilung zum Ersatz des angegebenen Schadens angetragen werde.

6. Die Klage wegen Hülfeleistung in Nothfällen.[32]

Es ist hervorzuheben:

a) Kläger sei der Anwohner, welcher Hülfe gewährt habe.

---

[27] Daselbst §. 11 Abs. 2.

[28] Daselbst §. 11 Abs. 1 unter 2.

[29] Diese Klage verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

[30] Daselbst §. 17. Wenn dieser gar keinen Schaden erlitten hat, sondern der Pächter wegen Beschädigung der Früchte, so möchte ich letzteren ausschließlich für legitimirt erachten. Vgl. l. 27 §. 14 D. ad leg. Aquil. (9; 2).

[31] Daselbst. Hat der Postfuhrmann sich ohne Grund des Privatlandes bedient, so haftet der Regel nach er allein persönlich, nicht die Postbehörde, weil sein Verfahren nicht als das der letzteren behandelt werden kann. Vgl. über das Genauere oben §. 15 I zu 3 unter G.

[32] Gesetz vom 28. October 1871 §. 21. Die Klage verjährt in der gewöhnlichen Zeit.

b) Beklagte sei die Postbehörde in Gemäßheit des zu 1b Bemerkten.

c) Der Gegenstand betreffe die Leistung der zu specificirenden vollständigen Entschädigung.

d) Der Grund bestehe darin, daß der Post, dem Curier oder der Estafette unterwegs ein Unfall begegnet sei und daß in Folge dessen Kläger als Anwohner denselben die zu ihrem Weiterkommen erforderliche Hülfe seiner Verpflichtung gemäß (aufgefordert oder nicht aufgefordert) schleunigst gewährt habe und daß dadurch der angegebene Schaden verursacht sei.

e) Der Antrag gehe auf Verurtheilung zum Schadensersatz.

7. Die Klage wegen grundloser Bereicherung der Postarmen- oder Unterstützungskasse.[33]

Zur Begründung dieser Klage, einer actio perpetua, ist hervorzuheben:

a) Die Activlegitimation. Activ legitimirt ist der Absender und der Adressat, bezw. der Eigenthümer vorgefundener Gegenstände oder Passagier. Ist an den einen gezahlt und meldet sich dann der andere, so müßte dieser sich an den Empfänger halten. Wenn Absender und Adressat gleichzeitig Ansprüche erheben, so müßte im Zweifel der Adressat den Vorzug haben.

b) Die Passivlegitimation. Passiv legitimirt ist die Postarmen- oder Unterstützungskasse.

c) Der Gegenstand. Dieser geht auf Erstattung des der Beklagten zugeflossenen Betrages ohne Zinsen. Proceßzinsen von der Zustellung der Klage an werden indessen verlangt werden können; desgleichen im Fall einer früheren Mora sonstige Verzugszinsen.

d) Der Grund, welcher darin besteht, daß aus einer unbestellbaren und nicht retradirbaren Sendung oder Einzahlung, oder aus dem Verkaufe vorgefundener Gegenstände oder aus zurückgelassenen Passagiereffecten der Beklagten die beanspruchte Summe zugeflossen sei.

e) Der Antrag, der sich aus dem Passus unter c ergibt.

---

[33] Vgl. daselbst §. 26. Die Klage gehört zu den Bereicherungsklagen im weiteren Sinne, so daß es nicht auf eine noch vorhandene Bereicherung ankommt, sondern hier nach dem aufgestellten Satze: „Genus perire non censetur“, die früher zugeflossene genügt. Vgl. oben §. 15 Note 56.

§. 320.

f. Die Klage aus dem Reichsgesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871.[1]

Zur Begründung sind folgende Behauptungen aufzustellen;

1) Kläger sei als Verletzter oder als Erbe des Getödteten oder Verletzten oder als derjenige, dem der Getödtete zur Zeit seines Todes vermöge Gesetzes verpflichtet gewesen, Unterhalt zu gewähren, activ zur Sache legitimirt.[2]

2) Beklagter sei als Betriebsunternehmer[3] der Eisenbahn oder als der, welcher ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube)[4]

---

[1] Vgl. Endemann, Die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke u. s. w. für die bei deren Betriebe herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, 2. Auflage (Berlin 1876). Eine größere Ausdehnung der Haftpflicht, als sie nach dem Gesetz angenommen werden kann, z. B. auf den Betrieb des Baugewerbes, würde im Allgemeinen zu empfehlen sein, zumal da ein Versicherungsvertrag genügende Sicherung gegen Schäden gewähren könnte.

[2] §. 3 des Gesetzes. Auch die Aeltern können berechtigt sein. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 44. Vgl. l. 5 §. 3, l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. (9; 2). Wenn der Getödtete in der Zwischenzeit zwischen der Verletzung und dem in Folge dessen eingetretenen Tode geheirathet hat, so sind auch die Wittwe und ein Kind aus dieser Ehe activ zur Sache legitimirt. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 25. — Die Hülfsbedürftigkeit des zur Gewährung von Unterhalt Berechtigten braucht nicht schon zur Zeit des Todes hervorgetreten zu sein. Daselbst 4. B. Nr. 29. „Es genügt, daß der Getödtete nur subsidiarisch zur Alimentation verpflichtet war, wenn der zur Zeit der Tödtung noch lebende Principalverpflichtete seine Unterhaltungspflicht nicht in vollem Umfange erfüllen kann oder erfüllt". E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 110. Statt „erfüllt" möchte ich sagen: „Zur Erfüllung mit thatsächlichem Erfolg gezwungen werden kann." Andererseits tritt die Haftpflicht ein, „wenn auch Personen vorhanden sind, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Kinder des Verunglückten zu ernähren subsidiär verpflichtet sind". Busch a. a. O. 32. B. S. 183.

[3] D. i. der, welcher „für eigene Rechnung und auf seine eigene Gefahr" handelt. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 102. Bei durchgehenden Zügen haftet der Regel nach nur der, auf dessen Strecke sich der Unfall ereignet. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 4.

[4] Dabei muß die Gewinnung des Materials Zweck sein, z. B. um daraus Fabricate, Deiche u. s. w. herzustellen. Ist das Loch Zweck, so daß das Material nur zu beseitigen ist, dann ist das Reichshaftpflichtgesetz nicht anwendbar. Schl.-Holst. A. v. 1879, S. 33 und 34, v. 1878, S. 50. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 128.

oder eine Fabrik[5] betrieben, passiv zur Sache legitimirt. Mehrere Verpflichtete haften solidarisch, mit Ausschluß der Rechtswohlthat der Theilung; mögen sie Mitinteressenten desselben Unternehmens oder gesonderte Unternehmer[6] sein. Dagegen können mehrere Miterben eines Unternehmers nur nach Maßgabe ihrer Erbtheile in Anspruch genommen werden.

3) Es handle sich um Schadensersatz[7a], und zwar

1) im Fall einer Tödtung um Ersatz der Kosten einer versuchten Heilung und der Beerdigung, sowie des Vermögensnachtheils, welchen der Getödtete während der Krankheit durch Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erlitten habe; ferner, wenn der Getödtete zur Zeit seines Todes vermöge Gesetzes verpflichtet war, einem Anderen Unterhalt zu gewähren, um Ersatz für den diesem in Folge des Todesfalls entzogenen Unterhalt[7b];

2) im Fall einer Körperverletzung um Ersatz der Heilungskosten[8] und des Vermögensnachtheils, welchen der Verletzte durch eine in Folge der Verletzung eingetretene zeitliche oder dauernde Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleide[9];

ferner komme auch die Bestellung einer Sicherheit in Betracht.[10]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß

a) bei dem Betriebe (in Anlaß des Betriebes, während des Be-

---

[5] §§. 1 und 2 des Gesetzes. Ob eine Anstalt eine Fabrik sei, ist quaestio facti. Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 123.

[6] Z. B. zweier Eisenbahnen mit einem gemeinsamen Bahnhof, auf dem durch Aneinanderstoßen von Waggons jener Jemand getödtet ist. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 1.

[7a] Also nicht um Gewährung von Alimenten. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 74. Eine Pränumeration wird daher an und für sich nicht verlangt werden können. — Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 314. Aber doch dann, wenn die Entschädigungssumme im besonderen Fall wirklich zur Bestreitung des nothwendigen Unterhalts verwendet werden muß. E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 77 und Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 219.

[7b] §. 3 unter 1 des Gesetzes. Wenn der Getödtete eine Wittwe und Kinder als Alimentationsberechtigte hinterläßt, kann im Fall einer Klage der Wittwe für sich allein bei Festsetzung der Entschädigung darauf nicht Rücksicht genommen werden, daß die Kinder ebenfalls dem Getödteten gegenüber und ferner auch der Mutter gegenüber alimentationsberechtigt sind. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 105. — Der Anspruch auf Unterhalt schließt nicht auch einen solchen auf Dotirung in sich. Daselbst 23. B. Nr. 77.

[8] Sie können auch „wegen der durch die Verletzung verursachten dauernden Kränklichkeit für unausgesetzte Pflege und erhöhte Lebensbedürfnisse" „in Form einer Rente zugesprochen werden". E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 2.

[9] §. 3 unter 2 des Gesetzes.

[10] §. 7 des Gesetzes.

triebes[11]) einer Eisenbahn[12] in Folge der mit diesem Betriebe unmittelbar oder mittelbar verbundenen eigenthümlichen Gefahren[13] ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt sei[14]; oder daß

b) Beklagter ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibe[15] und ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person[16] durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen[17] den Tod oder die Körperverletzung eines Men-

---

[11] Das Rangiren von Wagen vor Abgang des Zuges ist, wenn auch nur eine Vorbereitungs-, so doch eine Betriebshandlung. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 4.

[12] Es genügt auch eine Pferde-, eine Arbeits-, eine noch nicht dem öffentlichen Verkehr übergebene, eine nur zur Verbindung einer Fabrik mit einer dem öffentlichen Verkehr übergebenen Eisenbahn an letztere sich anschließende Eisenbahn, sofern nur der Grund des Gesetzes, die eigenthümliche Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes, zutreffend ist. Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 658—668. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 92, 2. B. Nr. 12, 7. B. Nr. 14.

[13] E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 71. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 92 und 6. B. Nr. 9. Bei der Bedienung einer Signalstange würden der Regel nach nicht solche eigenthümliche Gefahren anzunehmen sein. Daselbst Nr. 26. Anders wenn die Bedienung mit Rücksicht auf einen ankommenden Zug schnell vorgenommen werden mußte. Daselbst 2. B. Nr. 23. Dabei braucht aber Kläger nicht zu behaupten, daß ohne die schnelle Besorgung die Beschädigung nicht würde eingetreten sein. Daselbst 3. B. Nr. 12.

[14] §. 1 des Gesetzes. Dagegen ist die Einrede, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht sei, zulässig. Trifft auch den Beklagten ein Verschulden, so wird er haften müssen, wenn sein Verschulden größer oder auch nur gleich groß ist.

[15] Reparaturen der Fabrik s. w. d. a. fallen der Regel nach nicht unter den Begriff des Fabrikbetriebes. E. d. R. O. H. G. 25. B. Nr. 48. Die Fabrik braucht nicht Handelszwecken zu dienen. Daselbst 24. Bd. Nr. 29. Auch die Maschinenreparaturwerkstätten der Eisenbahnen sind Fabriken. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 31.

[16] Kläger muß zur Begründung seiner Klage es darlegen, daß die zur Leitung u. s. w. angenommene Person die im Text bezeichnete Stellung inne gehabt habe. Vgl. Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 219—221. Es genügt ein Vorarbeiter, mag er auch blos bei der gemeinsamen Arbeit mitthätig gewesen sein, sofern nur darin eine Leitung oder Beaufsichtigung gefunden werden kann (E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 15); sogar ein gewöhnlicher mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes in einem einzelnen Fall beauftragter Arbeiter. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 3. Es genügt auch ein von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossener Mitinhaber des Bergwerks u. s. w. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 200.

[17] Ein von dem Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen als Ursache des Todes oder der Verletzung verschiedener (mithin gewissermaßen ein zweifacher) Betrieb des Bergwerks u. s. w. als Ursache kann nicht verlangt werden.

schen herbeigeführt habe[18] — und daß dadurch der angegebene Schaden entstanden sei.[19]

5) Demnach werde um Verurtheilung in Gemäßheit des zu 3 Bemerkten gebeten. —

Dabei ist zu beachten, daß das Gericht, unter Würdigung aller Umstände, über die Höhe des Schadens, sowie darüber, ob und in welcher Höhe Sicherheit zu bestellen sei, nach freiem Ermessen zu erkennen hat und daß als Ersatz für den zukünftigen Unterhalt oder Erwerb, wenn nicht beide Theile über die Abfindung im Capital einverstanden sind, in der Regel eine Rente zuzubilligen ist.[20]

Ueber die Einreden, daß Kläger anderweitig entschädigt, daß nachträglich die Haftpflicht ausgeschlossen und daß die Klage verjährt sei, vergleiche die §§. 4, 5 und 8 des Gesetzes.[21]

„Der Verpflichtete kann jederzeit die Aufhebung oder Minderung

---

A. M. das R. O. H. G. nach dessen Entscheidung im 22. B. Nr. 70 und das Reichsgericht nach den E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 23.

S. dagegen daselbst 4. B. Nr. 26. — In Betreff der thatsächlichen Substantiirung des Verschuldens darf man wohl im Allgemeinen nicht zu hohe Anforderungen stellen, namentlich nicht, wenn zu erwarten ist, daß die Beweiserhebung das Mangelnde ergänzen werde. Vgl. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 155 und 156, sowie oben §. 7 unter 19, 23 und 27.

[18] §§. 1 und 2 des Gesetzes: Die Einrede der höheren Gewalt und des eigenen Verschuldens sind im Fall unter b nur insofern zulässig, als dadurch das Verschulden des Bevollmächtigten bestritten werden soll. Vgl. übrigens auch Busch a. a. O. 33. B. S. 301—305 und Gruchot, Beiträge, XIX. Jahrgang (Berlin 1875), S. 587 fg.

[19] §§. 1 und 2 des Gesetzes. Durch eine „Disposition zu dem Schaden" wird die Causalität noch nicht aufgehoben. E. d. R. G. i. C. 6. B. Nr. 1. — In Ansehung der Substantiirung der Höhe des Schadens ist noch zwischen dem Eintritt einer Erwerbsunfähigkeit und einer blos geminderten Erwerbsfähigkeit zu unterscheiden. Bei jener bildet der bisherige Erwerb ohne Weiteres die maßgebende Grundlage. Dies ist bei der geminderten Erwerbsfähigkeit nicht möglich. Es muß also noch näher dargelegt werden, in welchem Grade sie gemindert und um wie viel der bisherige Erwerb in Folge dessen geringer geworden sei. Vgl. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 20. Bei der Frage, ob diese nothwendige Darlegung genügend geschehen sei, ist freilich das dem Gericht eingeräumte, im Text sofort unter 5 zu erwähnende, freie Ermessen nicht ganz unberücksichtigt zu lassen.

[20] §. 7 Abs. 1.

[21] Es kann übrigens außer der Klage aus dem Haftpflichtgesetz auch die aus §. 120 (107) der G. O. begründet und eine Einrede gegen die eine Klage bei der andern ausgeschlossen sein, z. B. die Einrede der Verjährung. Vgl. auch E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 15.

der Rente fordern, wenn diejenigen Verhältnisse, welche die Zuerkennung oder Höhe der Rente bedingt hatten, inzwischen wesentlich verändert sind. Ebenso kann der Verletzte, dafern er den Anspruch auf Schadenersatz innerhalb der Verjährungsfrist (§. 8.) geltend gemacht hat, jederzeit die Erhöhung oder Wiedergewährung[22] der Rente fordern, wenn die Verhältnisse, welche für die Feststellung, Minderung oder Aufhebung der Rente maßgebend waren, wesentlich verändert sind."[23]

„Der Berechtigte kann auch nachträglich die Bestellung einer Sicherheit oder Erhöhung derselben fordern, wenn die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten inzwischen sich verschlechtert haben."[24]

„Die Bestimmungen der Landesgesetze, nach welchen außer den" (im Gesetz vom 7. Juni 1871) „vorgesehenen Fällen der Unternehmer einer in den §§. 1. und 2. bezeichneten Anlage oder eine andere Person, insbesondere wegen eines eigenen Verschuldens für den bei dem Betriebe der Anlage durch Tödtung oder Körperverletzung eines Menschen entstandenen Schaden haftet, bleiben unberührt."[25]

„Die Vorschriften der §§. 3. 4. 6. bis 8. finden auch in diesen Fällen Anwendung, jedoch unbeschadet derjenigen Bestimmungen der Landesgesetze, welche dem Beschädigten einen höheren Ersatzanspruch gewähren."[26]

---

[22] Auch Weitergewährung. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 2.

[23] §. 7 Abs. 2 des Gesetzes. Vgl. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 36. Der Verpflichtete kann z. B. antragen „auf Aufhebung der Rente für die Dauer" einer die Erwerbsfähigkeit ausschließenden „Strafhaft". E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 32. Oder auf Minderung wegen Wiederverheirathung der Wittwe des Getödteten. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 30. Der Antrag von Seiten des Verpflichteten oder Berechtigten führt nur eine Fortsetzung des früheren Processes herbei. Das frühere Proceßgericht ist zuständig. Der Antrag von Seiten des Verpflichteten ist incessibel, weil ihm Nichts geleistet werden soll. E. d. R. G. i. C. 1. B. Nr. 117. Dieser Antrag führt nicht zu einer Klage, sondern nur zu Einwendungen. Von Seiten des Berechtigten ist er die fortgesetzte frühere Klage. Dessenungeachtet kommen aber nur solche Aenderungen in Betracht, die nach Zuerkennung der Rente eingetreten sind. Hätten die bezüglichen Umstände schon während des früheren Processes geltend gemacht werden können, so ist man damit ausgeschlossen. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 25. Wenn ein Proceß gar nicht vorhergegangen ist, sondern eine gültige, bei Veränderungen der Umstände zu modificirende Vereinbarung, so würde allerdings auch der Antrag des Verpflichteten eine Klage sein. Das die Rente verändernde Urtheil wird aber in allen Fällen nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der neuen Umstände, sondern nur auf den der Zustellung des bezüglichen Antrages an den Gegner lauten dürfen. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 31.

[24] §. 7 Abs. 3.

[25] §. 9. Abs. 1.

[26] §. 9 Abs. 2. Der höhere Ersatzanspruch könnte auch in einem Anspruch auf Schmerzensgeld und auf Entschädigung für Verunstaltung bestehen.

§. 321.
g. Die Klagen aus der lex Rhodia de jactu.

Hierbei war im Allgemeinen zu behaupten:

1) eine absichtliche[1], auf Anordnung des Schiffers vorgenommene,

2) Aufopferung von Sachen[2],

3) in gemeinsamer Seegefahr,

4) zur Errettung des Schiffes nebst Ladung[3], sowie

5) daß dieser Zweck ganz oder zum Theil in Ansehung von Schiff und Ladung oder in Ansehung von Schiff oder Ladung erreicht sei[4],

6) die Größe des Schadens, unter Berücksichtigung des Werths der preisgegebenen Sachen am Abgangsort[5],

7) der Werth der geretteten Sachen, Schiff wie Ladung, am Ort der Bestimmung[6],

8) wie viel demnach bei verhältnißmäßiger Vertheilung des Schadens über alle Interessenten zu fordern, bezw. zu zahlen sei.

Der Schiffer hatte, sei es in eigenem Namen, sei es in Vertretung des Exercitors, im Fall einer locatio conductio operis die actio ex conducto, im Fall einer locatio conductio operarum oder rei die actio ex locato gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen auf Zahlung des verhältnißmäßigen Beitrages.[7] Hierbei genügte die Behauptung der angegebenen Punkte.

Wurde von dem Eigenthümer der preisgegebenen Sachen gegen den Schiffer die actio ex locato, bezw. conducto[8] angestellt:

a) auf Zahlung, so mußte auch behauptet werden, daß er die Zahlung selbst zu leisten oder selbige empfangen oder schuldvoller Weise die geretteten Sachen ausgeliefert habe;

b) auf Cession, so war die Angabe der Voraussetzungen unter 1—5 ausreichend;

c) auf Retention[9], so galt dasselbe, was soeben unter b bemerkt ist.

---

[1] L. 2 §. 3, l. 7 D. de lege Rhodia de jactu (14; 2).

[2] L. 1 D. h. t.

[3] L. 2 pr. §. 2, l. 3 D. h. t.

[4] L. 4 pr. D. h. t.

[5] L. 2 §. 4 D. h. t.

[6] L. 2 §. 4 D. h. t.

[7] L. 2 pr. §. 2 D. h. t.

[8] L. 2 pr. §. 2 D. h. t.

[9] L. 2 pr. D. h. t. — Nach dieser l. 2 pr. in den Worten „aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent“ und l. 1 in den Worten „Lege

Die vorstehenden Grundsätze sind jetzt deshalb wegfällig geworden, weil die bezüglichen Bestimmungen des H. G. B. an die Stelle getreten sind. Das letztere bezieht sich freilich nur auf Seegefahr und Erwerbsschiffe. Dies ist aber nach dem Inhalt des Pandektentitels über die lex Rhodia auch von dieser anzunehmen. Die Vorschriften der letzteren würden nach dem H. G. B. Art. 1 noch anwendbar sein, sofern sie ausführlicher wären, als die des H. G. B. Es ist indessen durchweg das Gegentheil der Fall.

§. 322.

h. Die Klagen wegen Haverei.[1a]

I. Allgemeine Bemerkungen.

„Alle Schäden, welche dem Schiff oder der Ladung oder beiden zum Zweck der Errettung beider aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer oder auf dessen Geheiß vorsätzlich zugefügt werden, sowie auch die durch solche Maaßregeln ferner verursachten Schäden, ingleichen die Kosten, welche zu demselben Zweck aufgewendet werden, sind große Haverei.[1b]

Die große Haverei wird von Schiff, Fracht und Ladung gemeinschaftlich getragen.“[2]

Rhodia cavetur, ut — — omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est“ besteht der Grund der lex Rhodia in der erfolgreichen, billigerweise auszugleichenden Aufopferung im Interesse Aller.

[1a] Die Grundsätze darüber können wegen Gleichheit des Grundes wohl auf Kriegsschiffe, Vergnügungsschiffe und bei Erwerbsschiffen auf Schäden, welche auf Binnengewässern, wie Flüssen, Landseen, Canälen entstehen, angewendet werden. Denn der Grund der gemeinsamen Haftung liegt nicht in einer Begünstigung des Seehandels, sondern darin, daß vernünftigerweise allseitige Zustimmung zu der gemeinsamen Haftung wegen der gewissermaßen utiliter beschafften negotiorum gestio fingirt werden darf. Dabei muß man natürlich von dem Zeitpunkt der noch drohenden Gefahr ausgehen.

Dagegen ist eine analoge Ausdehnung auf solche Fälle, bei denen die Gefahr nicht in gleicher Weise gemeinschaftlich ist, z. B. der Regel nach bei Feuersbrünsten, Kriegsgefahren u. d. m., wegen Mangels einer Gleichheit des Grundes nicht zu rechtfertigen. Vgl. auch Wächter, Pandekten, II. (Leipzig 1881), S. 480 und 481, der im Wesentlichen mit dem Bemerkten übereinstimmt. Ebenso Arndts a. a. O. §. 316. In Ansehung der Feuersbrünste und Kriegsgefahren können aber zu entschädigende Enteignungen vorliegen. Wegen derselben würde gegen den Fiscus, bezw. die Gemeinde geklagt werden können. Fehlt es auch an den Voraussetzungen einer Enteignung, so würde aus Billigkeitsgründen nur auf dem Verwaltungswege eine Entschädigung erbeten werden können.

[1b] Oder gemeinschaftliche Haverei. Sie setzt weder den Antritt der Ausreise, noch auch nur die Vollendung der Abladung voraus. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 70.

[2] H. G. B. Art. 702. Wenn Hillebrand a. a. O. S. 591 meint, es müsse

„Alle nicht zur großen Haverei gehörigen, durch einen Unfall verursachten Schäden und Kosten, soweit letztere nicht unter den Art. 622.“ (des H. G. B.) „fallen, sind besondere Haverei.

Die besondere Haverei wird von den Eigenthümern des Schiffs und der Ladung, von jedem für sich allein, getragen.“[3]

„Die Anwendung der Bestimmungen über große Haverei wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Gefahr in Folge des Verschuldens eines Dritten oder auch eines Betheiligten herbeigeführt ist.“[4]

„Die Havereivertheilung tritt nur ein, wenn sowohl das Schiff als auch die Ladung und zwar jeder dieser Gegenstände entweder ganz oder theilweise wirklich gerettet worden ist.“[5]

Im Art. 708 des H. G. B. sind die Fälle, in denen große Haverei namentlich vorliegt, angegeben. Der Art. 709 bestimmt, was als besondere Haverei angesehen werden soll, z. B. Reclamekosten.

In den Fällen der großen Haverei bleiben bei der Schadensberechnung die Beschädigungen und Verluste außer Ansatz, welche die nicht unter Deck geladenen Güter[6], oder diejenigen Güter, worüber weder ein Connossement ausgestellt ist, noch das Manifest oder Ladebuch Auskunft gibt, oder die Kostbarkeiten, Gelder und Werthpapiere, welche dem Schiffer nicht gehörig bezeichnet sind, betreffen.[7]

„Die Vergütung für aufgeopferte Güter wird durch den Markt-

---

ein Unfall gemeinschaftlich unmittelbar drohen, so verlangt das H. G. B. eine solche Unmittelbarkeit nicht. Sie wird freilich meistens vorliegen, ist aber doch nicht nothwendig.

[3] H. G. B. Art. 703.

Der Art. 622 handelt hauptsächlich von den in Ermangelung einer entgegenstehenden Abrede dem Verfrachter allein zur Last fallenden gewöhnlichen und ungewöhnlichen Unkosten der Schiffahrt, als Lootsengeld, Hafengeld, Leuchtfeuergeld, Schlepplohn, Quarantainegeldern, Auseisungskosten u. d. m. Diese Unkosten bezeichnete man früher als kleine Haverei. Das H. G. B. gebraucht den Ausdruck Haverei gar nicht von denselben. Es kann sich übrigens möglicherweise bei diesen Kosten auch um eine große Haverei oder um eine negotiorum gestio im Interesse der Ladung handeln. Art. 622 Abs. 3. Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 154.

Man beachte ferner auch noch die Art. 637, 734 und 735 des H. G. B.

[4] H. G. B. Art. 704 Abs. 1.

[5] H. G. B. Art. 705.

S. auch Art. 706. Nach Röm. Recht mußte Errettung des Schiffs oder der Ladung als genügend erachtet werden.

[6] Es möchten denn nach Landesgesetz bei der Küstenschiffahrt Deckladungen zulässig sein.

H. G. B. Art. 710 Ziffer 1.

[7] H. G. B. Art. 710 und 608.

preis bestimmt, welchen Güter derselben Art und Beschaffenheit am Bestimmungsort bei Beginn der Löschung des Schiffs haben."[8]

In Ermangelung eines Marktpreises wird der Preis durch Sachverständige ermittelt.[9]

Ebenso kommt es bei der Vergütung für beschädigte Güter auf den Werth am Bestimmungsorte an.[10] Nicht minder ist dieser Ort maßgebend in Betreff der Vergütung für entgangene Fracht.[11]

„Der gesammte Schaden, welcher die große Haverei bildet, wird über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach Verhältniß des Werths und des Betrages derselben vertheilt."[12]

Zur großen Haverei tragen der Regel nach nicht bei:

„1) die Kriegs- und Mundvorräthe des Schiffs;
2) die Heuer und Effekten der Schiffsbesatzung;
3) die Reise-Effekten der Reisenden."[13]

„Die Bodmereigelder sind nicht beitragspflichtig."[14]

II. Die einzelnen Klagen aus der großen Haverei.

Von den aus der großen Haverei entstehenden einzelnen Klagen sind namentlich[15] folgende zu beachten:

1. Die Klage gegen den Schiffer (oder Rheder) wegen Aufmachung der Dispache.[16]

Begründung:

a) Kläger sei als Betheiligter activ zur Sache legitimirt.

---

[8] H. G. B. Art. 713 Abs. 1. Vgl. auch Art. 716.

[9] H. G. B. Art. 713 Abs. 2. Vgl. auch Art. 716.

[10] H. G. B. Art. 714.

[11] H. G. B. Art. 717.

[12] H. G. B. Art. 718.

[13] H. G. B. Art. 725 Abs. 1 und 2. Nach Röm. Recht sind nur die Mundvorräthe als nicht beitragspflichtig bezeichnet. L. 2 §. 2 D. (14; 2).

[14] H. G. B. Art. 725 Abs. 4.

[15] Vgl. auch H. G. B. Art. 757 und unten §. 333.

[16] H. G. B. Art. 730. Dieser Artikel spricht freilich nicht ausdrücklich von einer Klage. Indessen kann doch die Möglichkeit einer solchen mit Grund nicht bezweifelt werden. Es fragt sich nur, ob sie vermieden werden könne. Man kann natürlich versuchen, das Versäumniß des Schiffers durch eine Imploration des officium judicis zu beseitigen. Wenn dies aber keinen Erfolg hat, müßte doch geklagt werden können. Auch läßt sich aus den Worten des Art. 730 nicht einmal ableiten, daß ein solcher vergeblicher Versuch der Klage vorhergegangen sein müsse. Da indessen überflüssige Processe zu vermeiden sind, so würde der Richter den Kläger auf Antrag oder von Amtswegen anweisen können, zunächst den Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu versuchen.

b) Beklagter sei als Schiffer passiv zur Sache, nicht etwa blos zum Proceß legitimirt.[17]

c) Es handle sich um Aufmachung der Dispache.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß der Fall einer großen Haverei vorliege und der Schiffer die Aufmachung der Dispache nicht rechtzeitig, d. h. nicht ohne Verzug, veranlaßt habe.

e) Demnach werde beantragt, den Beklagten zu verurtheilen, ohne Verzug die Aufmachung der Dispache zu veranlassen.

2. Die Klage des Schiffers oder Rheders wegen Mittheilung der zur Aufmachung der Dispache erforderlichen Urkunden.[18]

Begründung:

a) Kläger sei als Schiffer oder Rheder activ zur Sache legitimirt. Der Dispacheur ist weder zur Sache, noch ohne Vollmacht zum Proceß legitimirt.

b) Beklagter sei als Betheiligter, der die Urkunden zu seiner Verfügung habe, passiv zur Sache legitimirt.

c) Der Gegenstand der Klage sei die Mittheilung der zur Aufmachung der Dispache erforderlichen Urkunden, namentlich Chartepartieen, Connossemente und Facturen, an den Dispacheur.

d) Der Grund der Klage ergebe sich daraus, daß in Folge der großen Haverei die Aufmachung der Dispache nothwendig geworden, daß dazu die Mittheilung der verlangten Urkunden an den Dispacheur erforderlich sei und daß der beklagte Betheiligte sie zu seiner Verfügung habe.

e) Der Antrag gehe dahin, Beklagten zur Mittheilung der bezeichneten Urkunden an den Dispacheur zu verurtheilen.

3. Die Klage der Ladungsbetheiligten gegen den Schiffer oder Rheder auf Bestellung einer Sicherheit.[19]

Dieselbe ist durch folgende Angaben zu begründen:

a) daß Kläger als Ladungsbetheiligter activ zur Sache legitimirt sei;

---

[17] Indem es sich um eine Dienstobliegenheit desselben handelt. Dessenungeachtet würde mit Rücksicht auf die Note 1 zu §. 163 aber doch auch der Rheder belangt werden können.

[18] H. G. B. Art. 731.

[19] H. G. B. Art. 732.

b) daß Beklagter als Rheder passiv zur Sache oder als Schiffer passiv zum Proceß legitimirt sei[20];

c) daß es sich um Bestellung einer angemessenen Sicherheit handle, bevor das Schiff den Hafen verlassen dürfe, in welchem nach Art. 729 des H. G. B.[21] die Feststellung und Vertheilung der Schäden erfolgen müsse;

d) daß der Grund der Klage darin liege, daß die Haverei eingetreten sei und von dem Schiff ein Beitrag zu leisten sei, dieses aber den unter c bezeichneten Hafen ohne Sicherheitsbestellung verlassen wolle;

e) daß demnach um Verurtheilung des Beklagten zur Bestellung einer angemessenen Sicherheit an den Kläger oder nach Wahl des Beklagten zum Nichtverlassen des bezeichneten Hafens mit dem Schiff gebeten werde.

4. Die Pfandklage des Vergütungsberechtigten.[22]

Dies ist die hauptsächlichste Klage. Die Begründung derselben erfordert nachstehende Behauptungen:

a) Kläger sei als Vergütungsberechtigter activ zur Sache legitimirt. „Das an den beitragspflichtigen Gütern den Vergütungsberechtigten zustehende Pfandrecht wird für diese durch den Verfrachter ausgeübt.“[23] Befindet sich das Schiff außerhalb des Heimathshafens, so ist demnach der Schiffer, sonst der Correspondentrheder zum Proceß in Ansehung der Ausübung des Pfandrechts an den beitragspflichtigen Gütern legitimirt.

b) Beklagter sei als Besitzer des Schiffs, Schuldner der Fracht, oder die Frachtgelder in Händen habender Schiffer oder Cessionar oder als Besitzer der beitragspflichtigen Güter passiv zur Sache legitimirt. Soweit der Rheder als Beklagter in Betracht kommt, kann auch der Schiffer als zum Proceß legitimirt belangt werden, auch dann, wenn das Schiff in dem Heimathshafen liegt.[24] Das Pfandrecht an der Fracht ist nur wirksam, so lange „als die Fracht noch aussteht oder die Frachtgelder in den Händen des Schiffers sind“.[25]

---

[20] Nach dem H. G. B. Art. 764 können beide belangt werden, mag das Schiff im Heimathshafen liegen oder nicht, weil Kläger Schiffsgläubiger ist und er durch die vorliegende Klage sein Pfandrecht, wenn auch nur mittelbar, verfolgt.

[21] „Die Feststellung und Vertheilung der Schäden erfolgt an dem Bestimmungsort und, wenn dieser nicht erreicht wird, in dem Hafen, wo die Reise endet.“

[22] H. G. B. Art. 727 und 733 Abs. 3.

[23] H. G. B. Art. 733 Abs. 3.

[24] H. G. B. Art. 764.

[25] H. G. B. Art. 774 Abs. 1.

„Im Falle der Cession der Fracht kann das Pfandrecht der Schiffsgläubiger, so lange die Fracht noch aussteht oder die Frachtgelder in den Händen des Schiffers sind, auch dem Cessionar gegenüber geltend gemacht werden.“[26]

c) Gerichtet sei die Klage auf Auslieferung der Güter; Beklagter möchte es denn vorziehen, des Klägers Vergütungsansprüche zu berichtigen.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß große Haverei eingetreten, Kläger Vergütungsberechtigter und Beklagter Besitzer, bezw. Schuldner der bezeichneten Pfandsachen sei.

e) Beantragt werde, den Beklagten zu verurtheilen, an den Kläger das in Anspruch genommene Pfand auszuliefern, bezw. die Fracht ein- oder auszuzahlen oder die Zahlung derselben zu gestatten; Beklagter möchte es denn vorziehen, des Klägers Vergütungsansprüche zu befriedigen — vgl. oben §. 25, insbesondere Note 11 —.

5. Die persönliche Klage des Vergütungsberechtigten.[27]

Die persönliche Klage des Vergütungsberechtigten, im Gegensatz gegen die Pfandklage, ist durch folgende Angaben zu begründen:

a) Kläger sei als Vergütungsberechtigter activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei

1) als Empfänger beitragspflichtiger Güter, oder

2) als Schiffer, oder

3) als Rheder

passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich:

zu b 1) um Zahlung des Werths, welchen die Güter zur Zeit ihrer Auslieferung gehabt hätten, in so weit, als der Beitrag, falls die Auslieferung nicht erfolgt wäre, aus den Gütern hätte geleistet werden können;

zu b 2 und 3) um Zahlung der auf den Gütern haftenden Beiträge.

d) Der Grund der Klage bestehe namentlich auch darin mit:

zu b 1) daß dem Empfänger bei der Annahme der Güter bekannt gewesen[28], daß davon ein Beitrag zu entrichten sei;

---

[26] H. G. B. Art. 774 Abs. 3.

Vgl. auch noch Art. 781.

[27] H. G. B. Art. 728 und 733.

Vgl. auch oben §. 244 E und F sowie unten §. 328.

[28] War ihm dies unbekannt, so ist nur die Pfandklage gegen ihn zulässig. Gegen einen dritten Erwerber, welcher den Besitz der beitragspflichtigen Güter in gutem Glauben erlangt hat, fällt auch diese weg.

H. G. B. Art. 727 und 728.

zu b 2) daß der Schiffer Güter, auf welchen im Interesse des Klägers Havereibeiträge hafteten, vor Berichtigung oder Sicherstellung der letzeren ausgeliefert habe;

zu b 3) daß der Rheder diese Handlungsweise des Schiffers angeordnet habe, obschon er bei Ertheilung seiner Anweisung von dem Sachverhältniß unterrichtet gewesen sei[29];

e) daß demnach um Verurtheilung dem zu c Bemerkten entsprechend gebeten werde.

6. Die Klage der Beitragspflichtigen wegen Verschuldens.

„Die Anwendung der Bestimmungen über große Haverei wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Gefahr in Folge des Verschuldens eines Dritten oder auch eines Betheiligten herbeigeführt ist.

Der Betheiligte, welchem ein solches Verschulden zur Last fällt, kann jedoch nicht allein wegen der ihm etwa entstandenen Schäden keine Vergütung fordern, sondern er ist auch den Beitragspflichtigen für den Verlust verantwortlich, welchen sie dadurch erleiden, daß der Schaden als große Haverei zur Vertheilung kommt.

Ist die Gefahr durch eine Person der Schiffsbesatzung verschuldet, so trägt die Folgen dieses Verschuldens auch der Rheder nach Maaßgabe der Artikel 451. 452.“[30]

Um die vorliegende Klage zu begründen, sind nachstehende Angaben zu machen:

a) Kläger sei als Beitragspflichtiger activ zur Sache legitimirt.

b) Beklagter sei als schuldiger Theil, bezw. als Rheder oder Schiffer[31], passiv zur Sache legitimirt.

c) Es handle sich um Erstattung des zu specificirenden Schadens, bezw. Auslieferung von Schiff und Fracht.

d) Der Grund der Klage bestehe darin, daß eine große Haverei eingetreten sei und Kläger als Beitragspflichtiger den specificirten Schaden erlitten habe; ferner daß die Gefahr, welche die große Haverei veranlaßt habe, durch das näher darzulegende Verschulden einer Person herbeigeführt sei. Dabei ist nun zu unterscheiden, ob diese Person

---

[29] Trifft den Rheder in dieser Hinsicht kein Vorwurf, so haftet er wegen Verschuldens oder Widerrechtlichkeit des Schiffers nach Art. 452 Ziffer 3, bezw. Ziffer 2 doch mit Schiff und Fracht, so daß deshalb die Pfandklage statthaft ist; möglicherweise auch nach dem letzten Absatz des Art. 452 persönlich aufs Ganze.

[30] H. G. B. Art. 704.

[31] Der Schiffer ist als Detentor des Schiffs, wenn Kläger als Schiffsgläubiger — H. G. B. Art. 757 Ziffer 10 — sein Pfandrecht verfolgt — H. G. B. Art. 764 —, passiv zur Sache legitimirt, unter Zulassung der Nennung des Auctors — C. P. O. §. 73. — Vgl. auch oben §. 159.

aa) ein dritter in keiner Weise Betheiligter,

bb) ein als Vergütungsberechtigter oder als Vergütungspflichtiger Betheiligter,

cc) der Schiffer,

dd) ein Schiffsmann,

ee) der Rheder sei.

Der unter aa bezeichnete Dritte kann nur nach allgemeinen Grundsätzen haften, also namentlich, wenn die Voraussetzungen einer actio doli oder actio legis Aquiliae vorliegen. Denn Art. 704 enthält bezüglich des Dritten nichts Neues.

Die unter bb angegebenen Betheiligten haften wegen ihres Verschuldens, wenn auch die Voraussetzungen jener Klagen nicht vorliegen. Es genügt jegliches Verschulden, mag es Dolus oder Culpa, grobe oder geringe, abstracte oder relative Culpa sein; ferner mag es sich um ein durch eine positive Handlung oder durch eine Unterlassung verursachtes Verschulden handeln; endlich auch ohne Rücksicht darauf, ob ein Schaden corpori zugefügt sei oder nicht.

Ein Gleiches gilt vom Schiffer, wie auch schon aus Art. 478 und 479 sich ergibt.

Bei dem Schiffsmann könnte es zweifelhaft erscheinen, ob er dem unter aa genannten Dritten oder den unter bb und cc genannten Betheiligten und dem Schiffer gleich zu behandeln sei. Letzteres ist anzunehmen, weil er schon als Schiffsmann überhaupt bei der Haverei, wenn auch nicht als Vergütungsberechtigter oder Beitragspflichtiger, betheiligt ist und weil er nach Art. 704 Abs. 3 dem Schiffer gleich behandelt wird, auch das zwischen ihm und dem Rheder bestehende contractliche Verhältniß zu gleichen Grundsätzen führt, wie sie in Betreff der Personen unter bb aufgestellt sind.

Der Rheder haftet wegen Verschuldens der Schiffsbesatzung mit Schiff und Fracht; wegen eigenen Verschuldens oder besonderer Gewährleistung auch persönlich.

e) Der Antrag geht dahin, Beklagten zur Zahlung des Schadens, bezw. (nämlich bezüglich des mit Schiff und Fracht haftenden und daher der Pfandklage unterworfenen Rheders oder Schiffers) zur Auslieferung von Schiff und Fracht[32] als Pfandsachen, es möchte denn Zahlung vorgezogen werden, zu verurtheilen.

III. Die Klagen wegen der besonderen Haverei haben nichts Eigenthümliches. Wenn die besondere Haverei von einem Anderen, als dem

---

[32] In Ansehung des Pfandrechts an der Fracht ergibt sich das Genauere aus dem H. G. B. Art. 759, 774—781.

Eigenthümer der davon betroffenen Sache, getragen ist, so kann er gegen letzteren auf Erstattung seiner Auslagen eine actio mandati contraria, oder eine actio negotiorum gestorum contraria oder eine cedirte oder andere Klage anstellen, wenn deren allgemeine Erfordernisse vorliegen.

---

i. Die Klagen wegen Bergung und Hülfsleistung in Seenoth [1] und wegen Bergung außer dem Falle der Seenoth eines Schiffes. [2]

§. 323.

Allgemeine Bemerkungen.

„Wird in einer Seenoth ein Schiff oder dessen Ladung ganz oder theilweise, nachdem sie der Verfügung der Schiffsbesatzung entzogen oder von derselben verlassen waren, von dritten Personen an sich genommen und in Sicherheit gebracht, so haben diese Personen Anspruch auf Bergelohn.

Wird außer dem vorstehenden Fall ein Schiff oder dessen Ladung durch Hülfe dritter Personen aus einer Seenoth gerettet, so haben dieselben nur Anspruch auf Hülfslohn.

Der Schiffsbesatzung des verunglückten oder gefährdeten Schiffs steht ein Anspruch auf Berge- oder Hülfslohn nicht zu.“ [3]

---

[1] Den Landesgesetzen ist vorbehalten, die Vorschriften des von der Bergung und Hülfsleistung in Seenoth handelnden neunten Titels des fünften Buchs des H. G. B. (Art. 742—756) zu ergänzen. H. G. B. Art. 756 Abs. 1.

„Dieselben können bestimmen, daß über die Verpflichtung zur Zahlung eines Berge- oder Hülfslohns oder über den Betrag desselben von einer anderen als einer richterlichen Behörde unter Vorbehalt des Rechtsweges (Artikel 744.) zu entscheiden sei.“ H. G. B. Art. 756 Abs. 2.

„Die Bestimmungen der Landesgesetze über die Wiedernehmung eines von dem Feinde genommenen Schiffs werden durch die Vorschriften“ (des neunten Titels) „nicht berührt.“ H. G. B. Art. 756 Abs. 3.

Die Reichs-Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 enthält einige abändernde Bestimmungen.

[2] Str. O. §§. 20—25.

[3] H. G. B. Art. 742. Vgl. über den Begriff der Bergung im Gegensatz gegen die Hülfsleistung in Seenoth Pr. S. 2803, 2804 und 2810 Nr. 4. „Man ersieht aus denselben, daß dem Gesetze zweifellos die Absicht zu Grunde liegt, eine Bergung oder ein Bergungsfall sollten nur angenommen werden, wenn die als geborgen geltend gemachten Gegenstände in den Naturalbesitz der Berglohn-Prätendenten übergegangen seien.“ E. d. R. O. H. G., enthalten bei Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 235—247.

Wie die Ausdrücke „an sich genommen und in Sicherheit gebracht“ und „ge-

„Auf Berge- und Hülfslohn hat keinen Anspruch:

1) wer seine Dienste aufgedrungen, insbesondere ohne Erlaubniß[4] des anwesenden Schiffers das Schiff betreten hat;

2) wer von den geborgenen Gegenständen dem Schiffer, dem Eigenthümer oder der zuständigen Behörde nicht sofort Anzeige gemacht hat.“[5]

Bei der Bergung und Hülfsleistung in Seenoth oder außer dem Falle der Seenoth eines Schiffes interessiren uns namentlich die in den folgenden §§. 324—332 hervorzuhebenden Klagen.

Da der Anspruch auf Berge- oder Hülfslohn sowohl auf Gesetz als auch auf Vertrag oder einer unerlaubten Handlung beruhen kann, gehört die Lehre darüber zu dem dritten Hauptabschnitt des Obligationenrechts. Die Begründung der einzelnen Klagen erfordert die nachstehenden Behauptungen.

§. 324.

I. Die Klage auf Herabsetzung der zugesicherten Vergütung wegen erheblichen Uebermaßes, bezw. auf Bestätigung derselben.[1]

1) Das angegangene Gericht sei als Gericht des Orts des Strandamts zuständig.[2]

2) Das gesetzliche Vorverfahren, nämlich die Anmeldung der Ansprüche des Gläubigers beim Strandamt, der Entwurf einer Berechnung der aufgestellten Forderungen und Einreichung derselben nebst Gutachten an die Aufsichtsbehörde durch das Strandamt, die Prüfung und Festsetzung mittels Bescheides durch die Aufsichtsbehörde, habe stattgefunden.[3]

3) Kläger sei activ zur Sache legitimirt.

---

rettet“ ergeben, kann nach dem Art. 742 nur eine erfolgreiche Bergung oder Hülfsleistung einen Anspruch gewähren. Damit ist aber andernfalls ein Anspruch noch nicht völlig beseitigt. Er könnte ja besonders vereinbart sein, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, oder es könnte ein sonstiger Rechtsgrund dafür vorliegen. Vgl. Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. (Leipzig 1873), S. 253—257. Im Zweifel nehme ich freilich einen solchen Rechtsgrund nicht an. In den §§. 323—332 ist lediglich der Standpunkt des H. G. B. berücksichtigt, also Erfolg verlangt.

[4] Die Strandungsordnung §. 7 sagt correcter: „Wider den Willen.“ Nach §. 12 darf das Fortschaffen nicht ohne Genehmigung des Schiffers geschehen.

[5] H. G. B. Art. 752. Str. O. §§. 12 und 13.

[1] H. G. B. Art. 743. Str. O. §§. 36—41. Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 177.

[2] Str. O. §. 39. Nach dem Wortlaut dieses Paragraphen ist die Zuständigkeit des bezeichneten Gerichts eine ausschließliche.

[3] Daselbst §§. 36—39. Wenn das Vorverfahren nicht stattgefunden hat, ist die Klage von Amtswegen zur Zeit abzuweisen. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 21.

Dies ist der Eigenthümer des Schiffs oder der Ladung, sowie derjenige, welcher sonst ein rechtliches Interesse an der Herabsetzung der zugesicherten Vergütung hat, z. B. der Besitzer, der durch Zahlung die Pfandklage abwenden kann. Der Correspondentrheder und, wenn das Schiff sich nicht im Heimathshafen befindet, auch der Schiffer sind zum Proceß für den Rheder legitimirt. Ferner ist, wenn die Aufsichtsbehörde die zugesicherte Vergütung herabgesetzt hat, der Empfangsberechtigte activ zur Sache legitimirt. Es können auch beide Theile activ zur Sache legitimirt sein, wenn nämlich die beschiedene Herabsetzung dem Pflichtigen nicht genügt, während der Berechtigte sich dadurch für beschwert erachtet.

4) Beklagter sei als Gläubiger, bezw. als Pflichtiger oder Interessent passiv zur Sache legitimirt.

5) Es handle sich um Herabsetzung der zugesicherten Vergütung auf das den näher darzulegenden Umständen entsprechende Maß[4] oder auf eine bestimmte in Vorschlag gebrachte Summe, bezw. um Bestätigung der zugesicherten Vergütung.

Die in Betracht kommenden Umstände und gesetzlichen Regeln über die Höhe des Lohns sind namentlich in den Art. 745—749 des H. G. B. enthalten.[5]

6) Der Grund der Klage bestehe darin, daß die näher darzulegende Bergung oder Hülfsleistung von Seiten des Beklagten, bezw. des Klägers mit Erfolg stattgefunden habe, noch während der Gefahr ein im Einzelnen den wesentlichen Punkten nach anzugebender Vertrag über die Höhe des Berge- oder Hülfslohns geschlossen sei[6], dieser aber ein erhebliches, genauer zu begründendes Uebermaß der zugesicherten Vergütung enthalte, bezw. nicht enthalte. Wird von Seiten des Pflichtigen auf eine bestimmte in Vorschlag gebrachte Summe geklagt, so ist es zu betonen, daß dieselbe mit Rücksicht auf die darzulegenden Umstände als eine angemessene zu betrachten sei.

---

[4] Vgl. über diesen vom Kläger nicht selbst vorschlagsweise bestimmten Gegenstand oben §. 17 unter I zu 1 H a. E. unter c.

[5] Vgl. auch Str. O. §§. 10 und 34 und E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 99.

[6] Wenn das Schiff sich nicht im Heimathshafen befindet, ist der Schiffer berechtigt, einen solchen Vertrag zu schließen. Wegen der Nothlage und der dadurch veranlaßten geringeren Willensfreiheit ist der Vertrag anfechtbar. Eine spätere Bestätigung derselben durch den Schiffer würde die Anfechtbarkeit Seitens des Rheders oder Ladungsinteressenten aufheben, sofern der Schiffer dabei die ihm durch das H. G. B. verliehenen Befugnisse nicht überschritten hat. Vgl. H. G. B. Art. 496, 497, 500, 502, 504, 505, 507, 508, 509, 511 und 512, sowie E. d. R. O. H. G. 9. B. Nr. 106.

7) Die Klage sei innerhalb der Ausschlußfrist von 14 Tagen, vom Tage nach der Bekanntmachung oder Behändigung des Bescheides der Aufsichtsbehörde an gerechnet, oder einer vom zuständigen Gericht verlängerten Frist bei diesem angebracht, d. h. zugestellt.[7]

8) Beantragt werde somit, daß der vereinbarte Berge- oder Hülfslohn auf eine richterlich zu bestimmende oder die vom Kläger in Vorschlag gebrachte Summe, deren Ermäßigung vorbehältlich, herabgesetzt, bezw. bestätigt werde.

§. 325.

II. Die Klage auf Festsetzung des Berge- oder Hülfslohns in Ermangelung einer Vereinbarung.[1]

1) In Betreff der Zuständigkeit des Gerichts gilt das, was zu I unter 1 angegeben ist.

2) Desgleichen hinsichtlich des Vorverfahrens das zu I unter 2 Bemerkte.

3) Kläger sei activ zur Sache, bezw. zum Proceß legitimirt. Dies sind die unter I zu 3 genannten Personen, vorausgesetzt, daß sie sich durch den Bescheid der Aufsichtsbehörde beschwert fühlen.[2]

4) Beklagter sei passiv zur Sache, bezw. zum Proceß legitimirt. Dies sind dieselben Personen, sofern sie als Gegner des Klägers anzusehen sind.

5) Es handle sich um Festsetzung des Berge- oder Hülfslohns in Geld nach billigem Ermessen, unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls (H. G. B. Art. 745—749), wobei Kläger den Betrag unbestimmt lassen oder einen bestimmten Betrag in Vorschlag bringen kann.[3] Im ersteren Fall sind die bei der Festsetzung zu berücksichtigenden Umstände beim Gegenstande schon genau anzugeben. Klagt der Gläubiger, so kann er auch zugleich auf Auslieferung der belasteten Pfandsachen, sofern nicht Zahlung vorgezogen würde[4], in der sonst statthaften Weise antragen.

6) Der Grund der Klage bestehe darin, daß eine näher darzulegende Bergung oder Hülfsleistung in Seenoth oder außer dem Falle der See-

---

[7] Str. O. §. 39. C. P. O. §. 239.

[1] H. G. B. Art. 744.

[2] Str. O. §. 39.

[3] Vgl. oben §. 17 unter I zu 1 H a. E. unter c.

[4] „Eine persönliche Verpflichtung zur Entrichtung der Bergungs- und Hülfskosten" (wozu auch der Lohn gezählt wird — H. G. B. Art. 753 —) „wird durch die Bergung oder Rettung an sich nicht begründet." H. H. B. Art. 755 Abs. 1. Durch Vertrag kann indessen auch eine persönliche Verpflichtung begründet werden.

noth[5] mit Erfolg stattgefunden habe, daß eine Vereinbarung über die Höhe des Lohns nicht vorliege und daß, wenn ein bestimmter Betrag in Vorschlag gebracht ist, dieser nach den nun genau anzugebenden Umständen als angemessener anzusehen sei.

7) Ueber die Beobachtung der Ausschlußfrist gilt das bei I unter 7 Hervorgehobene.

8) Beantragt werde demnach, daß die Höhe des Berge- oder Hülfslohns in Geld festgesetzt, bezw. auch Beklagter verurtheilt werde, die belasteten Pfandsachen auszuliefern, er möchte sich denn durch Zahlung davon befreien wollen.

§. 326.

III. Die Klage auf Vertheilung des Berge- oder Hülfslohns.[1]

1) In Ansehung der Zuständigkeit des Gerichts gilt das zu I unter 1 Bemerkte.

2) Desgleichen in Betreff des Vorverfahrens das zu I unter 2 Bemerkte.

3) Kläger sei activ zur Sache legitimirt. Dies ist derjenige, welcher an der Bergung oder Hülfsleistung sich betheiligt, und zwar auch derjenige, welcher in derselben Gefahr der Rettung von Menschen sich unterzogen hat. Ist ein Schiff oder dessen Ladung ganz oder theilweise von einem anderen Schiff geborgen oder gerettet, so können der Rheder, der Schiffer und jeder Schiffsmann des anderen Schiffs als Kläger auftreten. Ueberdies wird vorausgesetzt, daß Kläger sich durch den Bescheid der Aufsichtsbehörde beschwert fühlt.[2]

4) Beklagter sei passiv zur Sache legitimirt. Jeder, welcher berechtigt ist, zu klagen, kann auch verklagt werden. Die Personen der Kläger und Beklagten müssen sämmtliche Klageinteressenten umfassen; sei es, sofern mehr als 2 Personen betheiligt sind, daß sie als Streitgenossen gegen Einen Beklagten oder als Ein Kläger gegen mehrere Beklagte oder als mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte auftreten. Sonst könnte die s. g. exceptio plurium litis consortium[3] mit der Wirkung einer Abweisung angebrachtermaßen vorgebracht werden.

Wenn im Fall des Art. 751 es sich nur um das an die übrige

---

[5] Str. O. §. 20.

[1] H. G. B. Art. 750 und 751.

[2] Str. O. §. 39.

[3] Vgl. E. d. R. O. H. G. 24. Bd. Nr. 91.

Besatzung fallende Viertel handelt, gehören Rheder und Schiffer natürlich nicht zu den Klageinteressenten.

5) Als Gegenstand der Klage komme die Vertheilung des Berge- oder Hülfslohns in Betracht.

„Haben mehrere Personen an der Bergung oder Hülfsleistung sich betheiligt, so wird der Berge- oder Hülfslohn unter dieselben nach Maaßgabe der persönlichen und sachlichen Leistungen der Einzelnen und im Zweifel nach der Kopfzahl vertheilt.

Zur gleichmäßigen Theilnahme sind auch diejenigen berechtigt, welche in derselben Gefahr der Rettung von Menschen sich unterzogen haben.“[4]

„Wird ein Schiff oder dessen Ladung ganz oder theilweise von einem anderen Schiff geborgen oder gerettet, so wird der Berge- oder Hülfslohn zwischen dem Rheder, dem Schiffer und der übrigen Besatzung des anderen Schiffs, sofern nicht durch Vertrag unter ihnen ein Anderes bestimmt ist, in der Art vertheilt, daß der Rheder die Hälfte, der Schiffer ein Viertel und die übrige Besatzung zusammen gleichfalls ein Viertel erhalten. Die Vertheilung unter die letztere erfolgt nach Verhältniß der Heuer, welche dem Einzelnen gebührt oder seinem Range nach gebühren würde.“[5]

Für die hiernach in Betracht kommenden Normen sind die thatsächlichen Grundlagen genügend darzulegen.

Es kann auch eine bestimmte Vertheilungsart vom Kläger vorgeschlagen werden.

6) Der Grund der Klage bestehe darin, daß die Parteien an der näher anzugebenden erfolgreichen Bergung oder Hülfsleistung sich betheiligt hätten, bezw. daß ein Schiff oder dessen Ladung ganz oder theilweise von dem Schiff, dessen Rheder, Schiffer und übrige Besatzung als Parteien bei der Klage betheiligt seien, geborgen oder gerettet worden.

Im letzteren Fall gehört die Behauptung, daß nicht durch Vertrag eine andere Art der Vertheilung bestimmt sei, nicht zum Fundament der Klage, sondern die entgegenstehende zu dem einer Einrede.

Ist eine bestimmte Vertheilungsart in Vorschlag gebracht, so ist sie durch die Angabe zu begründen, daß sie mit Rücksicht auf die hervorgehobenen thatsächlich zu belegenden Umstände angemessen sei.

7) In Betreff der Frist zur Klagerhebung gilt das zu I unter 7 Bemerkte.

8) Der Antrag gehe auf Vertheilung nach Maßgabe der unter 3 angegebenen Normen und etwaigen Vorschläge, deren Veränderung vorbehältlich.

---

[4] H. G. B. Art. 750.

[5] H. G. B. Art. 751.

§. 327.

IV. Die Pfandklage des Gläubigers in Ansehung der geborgenen Gegenstände.[1]

1) Kläger sei als Gläubiger in Ansehung der Bergungs- und Hülfskosten, wozu auch der Berge- und Hülfslohn gezählt wird, activ zur Sache legitimirt.[2]

2) Beklagter sei hinsichtlich des Schiffs als Schiffer oder Rheder, hinsichtlich der Ladung vor der Auslieferung als Schiffer, nach der Auslieferung als Empfänger, sofern dieselbe sich noch bei ihm oder einem Anderen, welcher sie für ihn besitzt, befindet, oder als dritter Erwerber passiv zum Proceß, bezw. zur Sache legitimirt.[3]

3) Es handle sich um Auslieferung der näher zu bezeichnenden geborgenen oder geretteten Gegenstände als Pfandsachen, falls nicht Beklagter Zahlung der ihrer Höhe nach anzugebenden Bergungs- und Hülfskosten oder Sicherheitsleistung, sofern die Höhe noch nicht angegeben werden kann, vorziehe.[4]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß eine Bergung oder Hülfsleistung in Seenoth oder außer dem Falle der Seenoth von Seiten des Klägers, sei es hinsichtlich des Schiffs und der Ladung, sei es hinsichtlich des Schiffs oder der Ladung, mit Erfolg stattgefunden habe und daß dadurch die Bergungs- oder Hülfskosten erwachsen seien.

5) Beantragt werde demnach die Verurtheilung des Beklagten zur Auslieferung der geborgenen oder geretteten Gegenstände als Pfandsachen, er möchte denn die Zahlung der Bergungs- oder Hülfskosten, bezw. die Leistung einer Sicherheit vorziehen — vgl. oben §. 25, insbesondere Note 11 —.

§. 328.

V. Die persönliche Klage des Gläubigers gegen den Schiffer oder Rheder oder den Empfänger von Gütern.[1]

1) Kläger sei als Gläubiger activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei entweder

---

[1] H. G. B. Art. 753.

[2] Daselbst Abs. 1.

[3] Daselbst Abs. 2. Der dritte Erwerber kann einwenden, daß er die Ladung in gutem Glauben erlangt habe. Vgl. H. G. B. Art. 697 Abs. 3 und Art. 727.

[4] Daselbst Abs. 1. Vgl. auch Art. 781.

[1] H. G. B. Art. 754 und 755. Vgl. auch oben §§. 244 unter E und F und 322 unter 5.

a) als Schiffer, oder

b) als Rheder, oder

c) als Empfänger von Gütern

passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Befriedigung des Klägers wegen seiner zu specificirenden Bergungs- und Hülfskosten, bezw. eines Theils derselben.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß eine näher darzulegende Bergung oder Hülfsleistung in Seenoth oder außer dem Falle der Seenoth mit Erfolg stattgefunden habe, daß

zu 2 a, der Schiffer die Güter vor Befriedigung oder Sicherstellung des Gläubigers ganz oder theilweise, wie genauer zu erörtern ist, ausgeliefert habe;

zu 2 b, der Rheder die Handlungsweise des Schiffers angeordnet habe, obschon er bei Ertheilung seiner Anweisung von dem Sachverhältniß unterrichtet gewesen sei;

zu 2 c, dem Empfänger von Gütern bei Annahme derselben bekannt gewesen sei, daß davon Bergungs- und Hülfskosten zu berichtigen seien;

und daß

zu 2 a und b, der Kläger aus den vom Schiffer ausgelieferten, näher anzugebenden Gütern zur Zeit der Auslieferung hätte ganz oder zum Theil befriedigt werden können;

zu 2 c, die zu specificirenden Bergungs- und Hülfskosten, falls die Auslieferung nicht erfolgt wäre, aus den Gütern hätten ganz oder zum Theil berichtigt werden können. Sind noch andere Gegenstände gemeinschaftlich mit den ausgelieferten Gütern geborgen und gerettet, so geht die persönliche Haftung des Empfängers über den Betrag nicht hinaus, welcher bei Vertheilung der Kosten über sämmtliche Gegenstände auf die ausgelieferten Güter fällt; was Alles thatsächlich hinlänglich genau auseinandergesetzt werden muß.

5) Somit werde beantragt, den Beklagten zur Berichtigung der in Anspruch genommenen Bergungs- oder Hülfskosten an den Kläger ganz oder zum Theil zu verurtheilen.

§. 329.

VI. Die Entschädigungsklage des Empfangsberechtigten gegen den Empfänger im Aufgebotsverfahren.[1]

1) Kläger sei als Empfangsberechtigter activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als der durch das Aufgebotsverfahren ermittelte

---

[1] Str. O. §§. 26—28 und 35. Die Klage wegen der Sachen selbst kann eine

angebliche Empfangsberechtigte oder als Landesfiscus oder Berger passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Entschädigung durch Auslieferung der geborgenen Sachen oder der Bereicherung.

4) Der Grund bestehe darin, daß, wie näher anzugeben ist, Kläger der Empfangsberechtigte sei; daß Kläger durch das Aufgebotsverfahren als Empfangsberechtigter nicht ermittelt worden, wohl aber dies in Ansehung des Beklagten der Fall sei und somit ihm die geborgenen Güter, bezw. die in Seenoth vom Strande aus geborgenen Sachen, desgleichen der Seeauswurf und strandtriftige Güter dem Landesfiscus, bezw. versunkene und seetriftige Gegenstände dem Berger überwiesen seien; daß Beklagter sich noch im Besitz befinde oder zur Zeit der späteren Geltendmachung der versäumten Ansprüche (d. h. zur Zeit der dem Beklagten davon zugegangenen Kunde) im Besitz sich befunden habe oder zu letzterer Zeit durch den erzielten Erlös bereichert gewesen.[2]

5) Der Antrag gehe somit dahin, Beklagten zur Herausgabe der Sachen, bezw. der Bereicherung an den Kläger, unter Umständen gegen Berichtigung oder unter Abzug aller entstandenen Kosten, abgesehen von den Proceßkosten, zu verurtheilen.

§. 330.

VII. Die Anerkennungsklage des Empfangsberechtigten gegen den Landesfiscus oder Berger in Ansehung der geborgenen Gegenstände.[1]

1) Das angegangene Gericht sei als das für den Ort des Strandamts zuständige Gericht auch für die erhobene Klage (ausschließlich) zuständig.

2) Kläger sei als derjenige, welcher Ansprüche in Folge des Aufgebots angezeigt habe, activ zur Sache legitimirt.

---

rei vindicatio, actio in rem Publiciana, actio hypothecaria u. d. m. sein. Wenn in dem vorliegenden §. 329 nur die Klage gegen den ermittelten angeblichen Empfangsberechtigten, den Fiscus oder Berger berührt ist, so beruht dies auf den Vorschriften der §§. 26—28 und 35. Damit hat aber nicht die Möglichkeit einer Klage gegen den, welcher vom Berger erworben hat, verneint werden sollen.

[2] Daß Kläger dem Beklagten alle entstandenen Kosten, einschließlich des dem beklagten Berger gebührenden Bergelohns, erstattet habe, oder bereit sei, sie ihm zu erstatten oder sich kürzen zu lassen, braucht Kläger nicht schon in der Klage zu behaupten, sondern kann dies auf die exceptio doli, bezw. compensationis jedenfalls noch in der Replik geltend machen, sofern solches erforderlich ist.

[1] Str. O. §§. 29 und 31.

3) Beklagter sei als Landesfiscus oder Berger passiv zur Sache legitimirt.

4) Es handle sich um Anerkennung der angezeigten Ansprüche.

5) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger Empfangsberechtigter sei; daß er seine Ansprüche zum Aufgebot angezeigt habe, daß das Strandamt Beklagten aufgefordert habe, sich binnen einer bestimmten Frist zu erklären, ob er diese Ansprüche anerkennen wolle, daß aber dagegen ein Widerspruch von dem Beklagten innerhalb der Erklärungsfrist erfolgt sei.

6) Die Klage sei innerhalb der vom Strandamt bestimmten Ausschlußfrist angestellt, d. i. zugestellt.

7) Beantragt werde demnach, Beklagten für schuldig zu erkennen, die angezeigten Ansprüche des Klägers als gegründet anzuerkennen.

§. 331.

VIII. Die Anerkennungs-, oder Anerkennungs- und Auslieferungsklage eines Empfangsberechtigten gegen den angeblichen Empfangsberechtigten in Ansehung der geborgenen Gegenstände.[1]

1) Das angegangene Gericht sei als das für den Ort des Strandamts zuständige Gericht auch für die erhobene Klage (ausschließlich) zuständig.

2) Kläger sei als Empfangsberechtigter activ zur Sache legitimirt.

3) Beklagter sei als angeblicher Empfangsberechtigter deshalb passiv zur Sache legitimirt, weil das Strandamt ihn als denjenigen, gegen welchen die sonst angezeigten Ansprüche im Wege der Klage auszuführen seien, bestimmt habe.

4) Es handle sich um Anerkennung der angezeigten vorgehenden Ansprüche des Klägers oder Anerkennung und Auslieferung der geborgenen Gegenstände; im letzteren Fall, wie auf eine bezügliche exceptio doli hin noch in der Replik erklärt werden kann, gegen Zahlung der Unkosten und Zustimmung des Klägers zur Rücklieferung der vom Beklagten geleisteten Sicherheit.

5) Der Grund der Klage liege darin, daß Kläger vorgehender Empfangsberechtigter sei; daß er seine Ansprüche zum Aufgebot angezeigt habe; daß von keinem der nach §. 35 der Str. O. Berechtigten (dem Landesfiscus oder Berger), wohl aber vom Beklagten Widerspruch er-

---

[1] Daselbst §§. 30 und 31.

hoben sei; daß letzterer, sofern auf Auslieferung der geborgenen Gegenstände geklagt wird, selbige vom Strandamt bereits erhalten habe.

6) Die Klage sei innerhalb der vom Strandamt bestimmten Ausschlußfrist erhoben (dem Beklagten zugestellt).

7) Beantragt werde daher, Beklagten für schuldig zu erkennen, die angezeigten Ansprüche des Klägers als gegründet anzuerkennen, bezw. auch die erhaltenen Gegenstände, unter Umständen gegen Zahlung der Unkosten und Zustimmung des Klägers zur Rücklieferung der geleisteten Sicherheit, an denselben auszuliefern.

§. 332.

IX. Die Anerkennungs-, oder Anerkennungs- und Auslieferungsklage zwischen mehreren angeblich Empfangsberechtigten in Ansehung der Bergungs- und Hülfskosten.[1]

1) Kläger sei als ausschließlicher oder theilnehmender Empfangsberechtigter in Ansehung der Bergungs- und Hülfskosten activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als widersprechender, angeblich solcher Empfangsberechtigter passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um Anerkennung der ausschließlichen oder theilnehmenden Berechtigung des Klägers zum Empfange oder Mitempfange der Bergungs- und Hülfskosten oder um Herausgabe derselben ganz oder theilweise;

4) weil Kläger, wie näher darzulegen ist, allein oder gleichfalls Empfangsberechtigter sei und Beklagter gegen das Interesse des Klägers solches nicht anerkennen, bezw. das ohne Grund Empfangene ihm nicht herausgeben wolle.

5) Demnach werde gebeten, ihn zu verurtheilen, das ausschließliche oder theilnehmende Recht des Klägers anzuerkennen, bezw. es anzuerkennen und das ohne Grund Erhaltene an ihn ganz oder zum Theil herauszugeben.[2]

---

[1] Wenn nicht die ausschließliche oder theilnehmende Berechtigung der streitenden Parteien fraglich ist, sondern nur die Größe der Antheile, so ist die Klage unter III (§. 326) anwendbar.

[2] In Ansehung der Zulässigkeit der im vorliegenden und theilweise auch in den zunächst vorhergehenden Paragraphen berührten Klagen eines Forderungsprätendenten gegen einen anderen über den Streit, wer der Berechtigte sei, vgl. auch d. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 126.

§. 333.

k. Die Klagen der Schiffsgläubiger.[1]

Die Klagen der Schiffsgläubiger sind:

I. die ordentliche persönliche Klage gegen den eigentlichen Schuldner;

II. die Pfandklage;

III. eine außerordentliche persönliche Klage gegen den Rheder und andere Personen.

Zu I.

Die ordentliche persönliche Klage gegen den eigentlichen Schuldner kann sehr verschieden sein. Z. B. bei Dienst- und Heuerverträgen der zur Schiffsbesatzung gehörigen Personen ist es im Fall einer locatio conductio operarum die actio locati. Eine solche Klage findet aber keineswegs immer Statt. Vielmehr gibt es mehrere Fälle, in denen der Regel nach nur die Pfandklage anwendbar ist, z. B. im Fall der Bodmerei, der großen Haverei und der Bergung oder Hülfsleistung in Seenoth oder außer dem Falle der Seenoth. In diesen Fällen muß als nothwendige Grundlage der Pfandklage indessen doch eine Naturalobligation angenommen werden. Es würden aber nicht alle Wirkungen einer solchen hierbei zuzulassen sein. Die Naturalobligation in unserem Fall könnte als Grundlage für eine wissentlich vorgenommene Novation, geleistete Bürgschaft oder ein solches Constitutum genügen; dagegen nicht durch die Einrede der Compensation und nicht durch soluti retentio gegenüber der condictio indebiti geltend gemacht werden. Es darf nämlich nicht ein Zwang zur Erfüllung dieser Naturalobligation anders anerkannt werden, als wenn durch ein voraufgegangenes Geschäft, wie eine wissentliche Novation, ein solcher der Absicht des Promittenten entspricht. Sonst kann man sich nur an die dem Pfandrecht unterliegenden Gegenstände, Schiff und Fracht, bezw. auch Ladung, halten. Völlig gleiche Grundsätze nehme ich auch nach Römischem Recht für den Fall der Fortdauer des Pfandrechts ungeachtet der Verjährung oder ähnlicher Endigungsarten der persönlichen Klage an.[2]

Zu II.

Die Begründung der Pfandklage erfordert folgende Angaben:

1) Kläger sei als Schiffsgläubiger[3] activ zur Sache legitimirt.

---

[1] H. G. B. Art. 757—781. Vgl. auch Art. 664.

[2] Vgl. l. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36; 1); c. 2 C. de luit. pign. (8; 30), und auch Windscheid a. a. O. §. 225 unter 2.

[3] H. G. B. Art. 764.

2) Beklagter sei passiv legitimirt. Dies ist in Ansehung des Schiffs der Rheder und der Schiffer, letzterer selbst dann, wenn das Schiff in dem Heimathshafen liegt.[4]

„Das Pfandrecht der Schiffsgläubiger am Schiff erlischt:

1) durch den im Inlande im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Verkauf des Schiffs; an Stelle des letzteren tritt für die Schiffsgläubiger das Kaufgeld.

Es müssen die Schiffsgläubiger zur Wahrnehmung ihrer Rechte öffentlich aufgefordert werden; im Uebrigen bleiben die Vorschriften über das den Verkauf betreffende Verfahren den Landesgesetzen vorbehalten;

2) durch den von dem Schiffer im Falle der zwingenden Nothwendigkeit auf Grund seiner gesetzlichen Befugnisse bewirkten Verkauf des Schiffs (Artikel 499.); an Stelle des letzteren tritt für die Schiffsgläubiger das Kaufgeld, so lange es bei dem Käufer aussteht oder noch in den Händen des Schiffers ist.“[5]

Handelt es sich um diese Kaufgelder, so ist der Käufer, bezw. der Schiffer passiv zur Sache legitimirt.

In Betreff der Fracht ist der Schuldner, bezw. der Schiffer[6] passiv zur Sache legitimirt.

„Im Falle der Cession der Fracht kann das Pfandrecht der Schiffsgläubiger, so lange die Fracht noch aussteht oder die Frachtgelder in den Händen des Schiffers sind, auch dem Cessionar gegenüber geltend gemacht werden.“[7]

3) Es handle sich um Auslieferung des Schiffs, bezw. Zahlung[8] oder Auslieferung[9] der bezeichneten Kaufgelder oder der Fracht, es möchte denn Beklagter die Berichtigung der Forderung des Klägers (an Capital,

---

[4] H. G. B. Art. 764.

[5] H. G. B. Art. 767.

„Der Artikel 767 findet keine Anwendung, wenn nicht das ganze Schiff, sondern nur eine oder mehrere Schiffsparten veräußert werden.“ H. G. B. Artikel 769. Vgl. aber auch Art. 780 Abs. 2.

Versicherungsgelder haften nicht den Schiffsgläubigern.

[6] H. G. B. Art. 774 Abs. 1:

„Das Pfandrecht der Schiffsgläubiger an der Fracht (Artikel 759.) ist nur so lange wirksam, als die Fracht noch aussteht oder die Frachtgelder in den Händen des Schiffers sind.“

[7] H. G. B. Art. 774 Abs. 3.

Die Bestimmung des Art. 774 Abs. 3 gilt auch dann, wenn der Cessionar dem Schuldner früher denuntiirt hat, als der Schiffsgläubiger.

[8] Von Seiten des Käufers oder Schuldners.

[9] Von Seiten des Schiffers, der Kaufgelder und Fracht noch in Händen hat. Derselbe ist als Detentor passiv zur Sache legitimirt und kann sich in Gemäßheit der C. P. O. §. 73 der Benennung des Auctors bedienen.

Zinsen, Bodmereiprämie und Kosten, auch Proceßkosten — H. G. B. Art. 763 —) vorziehen.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger eine die Rechte eines Schiffsgläubigers gewährende näher darzulegende Forderung erworben habe.

5) Demnach werde beantragt, Beklagten zu verurtheilen, an den Kläger das Schiff als Pfandobject auszuliefern, bezw. die bezeichneten Kaufgelder oder die Fracht zu bezahlen oder auszuliefern, er möchte sich denn durch Zahlung der Forderung des Klägers davon befreien wollen — vgl. oben §. 25, insbesondere Note 11 —.

Zu III.[10]

Die Klage ist durch folgende Angaben zu begründen:

1) Kläger sei als Schiffsgläubiger activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als Rheder passiv zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich um partielle, bezw. (zu 4 d) gänzliche Befriedigung des Klägers.

4) Der Grund der Klage sei folgender:

entweder

a) daß Beklagter die Fracht eingezogen habe, dadurch aber dem Kläger sein Pfandrecht ganz oder zum Theil entgehe[11];

oder

b) daß für Rechnung des Beklagten Güter abgeladen seien, daher für dieselben die am Abladungsort zur Abladungszeit übliche Fracht zu entrichten sei[12];

oder

c) daß Beklagter in den im Art. 767 unter Ziffer 1 und 2 erwähnten Fällen das Kaufgeld eingezogen habe[13];

oder

d) daß Beklagter, nachdem er von der Forderung des Klägers, für welche er nur mit Schiff und Fracht hafte, Kenntniß erhalten habe, das Schiff zu einer neuen Reise (H. G. B. Art. 760) in See gesendet, ohne daß das Interesse des Klägers es geboten hätte[14];

oder

e) daß die Vergütung oder Entschädigung von dem Beklagten eingezogen sei, welche Vergütung für Aufopferung oder Beschädigung in

---

[10] Vgl. auch H. G. B. Art. 781.

[11] H. G. B. Art. 774 Abs. 4.

[12] H. G. B. Art. 774 Abs. 5.

[13] H. G. B. Art. 776.

[14] H. G. B. Art. 777.

Fällen der großen Haverei für die Schiffsgläubiger an Stelle desjenigen, wofür die Vergütung bestimmt sei, trete, bezw. welche Entschädigung im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Schiffs oder wegen entzogener Fracht im Falle des Verlustes oder der Beschädigung von Gütern dem Rheder von demjenigen habe gezahlt werden müssen, welcher den Schaden durch eine Handlung verursacht habe[15];

und daß Beklagter deshalb dem Kläger in Höhe des beanspruchten Betrages, welcher für denselben bei Vertheilung des eingezogenen (zu a, c und e), bezw. des an üblicher Fracht (zu b) oder als Werth des Schiffs bei Antritt der Reise (zu d) zu rechnenden Betrages nach der gesetzlichen Rangordnung[16] sich ergeben haben würde, hafte[17]; wobei jedoch im Fall zu d bis zum Beweise des Gegentheils von vollständiger Befriedigung auszugehen sei.[18]

5) Demnach werde gebeten, Beklagten zur Zahlung des beanspruchten Betrages an den Kläger zu verurtheilen.[19]

§. 334.

1. Die Klagen aus dem Reichsgesetz, betreffend die Verpflichtung Deutscher Kauffahrteischiffe zur Mitnahme hülfsbedürftiger Seeleute, vom 27. December 1872.

Es ist hierbei zu unterscheiden:

I. Die Klage auf Mitnahme[1],

II. die Klage auf Entschädigung.

Zu I.

Begründung:

1) Kläger sei als mitzunehmender, hülfsbedürftiger Seemann activ zur Sache oder als den Reichsfiscus vertretendes Seemannsamt[2] activ zum Proceß legitimirt.

---

[15] H. G. B. Art. 778.

[16] H. G. B. Art. 770—773.

[17] H. G. B. Art. 774 Abs. 4 und 5, Art. 776, 777 Abs. 1, 778 Abs. 3.

[18] H. G. B. Art. 777 Abs. 2.

[19] Ueber eine mögliche Einrede s. H. G. B. Art. 775, 776 und 778.

[1] „Zur Erfüllung dieser Verpflichtung kann der Schiffer vom Seemannsamt zwangsweise angehalten werden." Gesetz vom 27. December 1872 §. 1 Abs. 3. Diese Möglichkeit eines polizeilichen Zwanges schließt eine Klage nicht aus. Denn diese versteht sich der Natur der Sache nach von sebst.

[2] Da nach der S. O. §. 4 im Auslande die Consulate des Deutschen Reichs die Seemannsämter sind und es sich im Fall des Textes stets um ein im Auslande befindliches Seemannsamt handelt, so kann letzteres auch nur den Reichsfiscus ver-

2) Beklagter sei als Schiffer passiv zum Proceß[3] anstatt des passiv zur Sache legitimirten Rheders legitimirt.

3) Es handle sich um Mitnahme eines hülfsbedürftigen Seemannes.

4) Der Grund der Klage bestehe darin:

daß die Voraussetzungen der folgenden gesetzlichen Vorschriften, wie näher darzulegen ist, hier zuträfen, nämlich

daß jedes deutsche Kauffahrteischiff, welches von einem außerdeutschen Hafen nach einem Deutschen Hafen oder nach einem Hafen des Canals, Großbritanniens, des Sundes oder des Kattegats oder nach einem außerdeutschen Hafen der Nordsee oder der Ostsee bestimmt worden, verpflichtet sei, Deutsche Seeleute, welche im Auslande sich in hülfsbedürftigem Zustande befänden, behufs ihrer Zurückbeförderung nach Deutschland auf schriftliche Anweisung des Seemannsamts gegen eine Entschädigung nach seinem Bestimmungshafen mitzunehmen,

oder

daß in Ansehung ausländischer Seeleute, welche unmittelbar nach einem Dienste auf einem Deutschen Kauffahrteischiffe außerhalb Deutschlands sich in einem hülfsbedürftigen Zustande befänden, den nach deren Heimathslande bestimmten Deutschen Kauffahrteischiffen eine gleiche Verpflichtung obliege. —

5) Demnach werde gebeten, Beklagten für schuldig zu erkennen, den hülfsbedürftigen Seemann gegen Entschädigung nach dem Bestimmungshafen des Schiffs mitzunehmen.[4]

Zu II.

Begründung:

1) Kläger sei

a) als Rheder oder als Schiffer oder als gesetzlicher Vertreter des Reichs- oder Landesfiscus activ zur Sache, bezw. zum Proceß,

oder

b) als Beschädigter activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei

a) als gesetzlicher Vertreter des Reichs- oder Landesfiscus oder als mitgenommener Seemann oder beim Vorhandensein entsprechender Vorschriften als Rheder des Schiffs, auf welchem der hülfsbedürftige

---

treten. Nur die Seemannsämter im Inlande sind Landesbehörden; dagegen die im Auslande Reichsbehörden.

[3] Es handelt sich hier nicht um eine eigentliche Dienstobliegenheit des Schiffers; deshalb ist selbiger nur zum Proceß legitimirt. Es läßt sich übrigens auch für die entgegengesetzte Auffassung Manches vorbringen.

[4] Ueber mögliche Einreden siehe die §§. 2 und 3 des Gesetzes.

Seemann gedient habe, oder als andere zur Erstattung verpflichtete Person,

oder

b) als Schiffer oder als Rheder des mitnahmepflichtigen Schiffs passiv zum Proceß, bezw. zur Sache legitimirt.

3) Es handle sich

a) um Zahlung der Entschädigung für die Zurückbeförderung oder um Erstattung der durch die Zurückbeförderung verursachten Aufwendungen, bezw.

b) um Erstattung des durch die schuldvolle Nichtmitnahme verursachten Schadens[5], oder, wenn im letzteren Fall der Rheder belangt wird, um Auslieferung von Schiff und Fracht als Pfand, er möchte denn die Berichtigung des Schadens vorziehen.[6]

Was die unter 3 a bezeichnete Entschädigung und die Aufwendungen anbetrifft, so beträgt diese Entschädigung „in Ermangelung der Vereinbarung über einen geringeren Satz, für jeden Tag des Aufenthalts an Bord:

1) für einen Schiffer, einen Steuermann, einen Arzt, einen Maschinisten oder den Assistenten eines solchen, einen Proviant- oder Zahlmeister einen Thaler auf Segelschiffen und einen und einen halben Thaler auf Dampfschiffen;

2) für jeden anderen Seemann einen halben Thaler auf Segelschiffen und zwei Drittel Thaler auf Dampfschiffen."

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß

a) die Mitnahme des hülfsbedürftigen Seemannes auf schriftliche Anweisung des Seemannsamts gegen eine Entschädigung nach dem Bestimmungshafen des Schiffs stattgefunden und daher der Anspruch auf die zu 3 am Schluß unter 1 und 2 bezeichnete Entschädigung begründet sei[7], der etwa klagende Fiscus auch diese Entschädigung an den Schiffer oder Rheder ausgezahlt habe; bezw.

b) der Schiffer sich schuldvoller Weise der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung entzogen habe und dadurch der specificirte Schaden verursacht sei.

---

[5] Das sehr kurze Gesetz spricht freilich nicht von einer Schadensersatzklage. Sie folgt aber aus dem H. G. B. Art. 478.

[6] Sollte der Schiffer auf Anweisung des Rheders gehandelt haben und letzterer bei Ertheilung der Anweisung von dem Sachverhältniß unterrichtet gewesen sein, oder sollte den Rheder anderweitig ein Verschulden treffen oder von ihm besonders Gewähr geleistet sein, so würde er nach Analogie der Art. 479 und 452 des H. G. B. und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen persönlich, mithin aufs Ganze, haften.

[7] Aus einer Vereinbarung über einen geringeren Satz ist eine Einrede abzuleiten.

5) Der Antrag gehe somit dahin, Beklagten zu verurtheilen,

a) die angegebene Entschädigung oder Aufwendung an den Kläger zu zahlen oder zu erstatten, bezw.

b) den specificirten Schaden zu berichtigen oder Schiff und Fracht als Pfand auszuliefern, sofern nicht die Berichtigung des Schadens vorgezogen würde — vgl. oben §. 25, insbesondere Note 11. —

§. 335.

m. Die Klagen aus Reallasten.[1]

Es ist die lediglich auf Anerkennung des gesammten Rechts gerichtete Klage und die Klage auf die einzelne fällige Leistung zu unterscheiden. Beide Klagen sind persönliche.

I. Zur Begründung der lediglich auf Anerkennung des gesammten Rechts gerichteten Klage (einer präjudiciellen Klage, mithin auch einer actio in rem, aber nicht einer actio confessoria) ist Folgendes anzugeben:

1) Die Activlegitimation zur Sache, welche dem Reallastberechtigten zusteht.

2) Die Passivlegitimation zur Sache, welche bei der gegen den juristischen Besitzer des belasteten Grundstücks gerichteten Klage vorhanden ist.

Da der juristische Besitzer den s. g. animus domini hat, kann er die Verpflichtung, das Grundstück gewissermaßen zu vertreten, auch nicht von sich abwenden und den Kläger an den Eigenthümer verweisen. Die Ansicht, z. B. Bluntschli's (Deutsches Privatrecht, 1. B. [München 1853], §. 93 unter 1 b), daß auf Seite des Beklagten jedes thatsächliche Innehaben des realpflichtigen Grundstücks genüge, kann ich nicht für richtig halten.

3) Die in Anspruch genommene Reallast (z. B. die Verpflichtung zur Leistung von Frohnden, Renten[2], Zehnten, einer Apanage, eines

---

[1] Vgl. Gerber a. a. O. §§. 167—171 und Hillebrand a. a. O. S. 616—620, sowie E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 38. Die possessorischen Rechtsmittel, das interdictum uti possidetis utile und die Spolienklage, sind hier nicht weiter zu berücksichtigen. Es wird bezüglich derselben auf den §. 34 S. 234 dieses Buchs verwiesen.

[2] Beim Rentenkauf dürfen fünf Procent jährlicher Renten nicht überschritten werden. R. P. O. v. 1577 tit. XVII. §. 9. Der Verkäufer hat das Recht zur Ablösung. Daselbst. Der Käufer hat das Recht nur dann, wenn es für den Fall der Säumigkeit bedungen und dieser Fall eingetreten ist. D. A. v. 1600 §. 35.

Witthums u. d. m.), welche ihrem Gegenstande nach genau bezeichnet werden muß. Auch ist hervorzuheben, daß es sich nur um Anerkennung des Rechts, nicht um die einzelne Leistung handle.

4) Der Grund der Klage. Dieser besteht darin, daß jeder juristische Besitzer eines Grundstücks zu positiven, näher anzugebenden, in genügend bestimmten, genau hervorzuhebenden Fristen oder an solchen Terminen zu beschaffenden, stets sich erneuernden und daher die Obligation unmöglich ganz erfüllenden, öffentlich- oder privatrechtlichen[3], durch das belastete Grundstück oder dessen Erträge selbst jedem Besitzer möglich gemachten[4] Leistungen verpflichtet sei; daß das Recht darauf durch einen Vertrag[5] oder durch letztwillige Verfügung[6] oder durch unvordenkliche Verjährung oder durch den Eintritt der Voraussetzungen eines Gesetzes und Gewohnheitsrechts entstanden sei, und zwar bei dem Vertrage, der letztwilligen Verfügung und der unvordenklichen Verjährung in einem solchen Falle, in welchem überall nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht eine Reallast möglich sei[7]; und daß ein genügend hervorzuhebendes rechtliches Interesse an der alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung und daher zur Anstellung der Klage vorliege.

5) Der Antrag. Derselbe ist dahin zu richten, daß Beklagter die Reallastberechtigung des Klägers anzuerkennen habe.

II. Bei der Klage auf die einzelne Leistung ist es möglich,

---

[3] Zu einer Ausschließung der öffentlichen Leistungen vom Begriff ist um so weniger Grund vorhanden, als wohl gerade diese als Vorbild zu den privatrechtlichen in Folge der staatsrechtlich so sehr unabhängigen Stellung vieler Grundeigenthümer im Mittelalter geführt haben. Ueber die öffentlichen Reallasten des Röm. Rechts vgl. u. A. l. 36 D. de jure fisci (49; 14): „Praediis a fisco distractis, praeteriti temporis tributum eorundem praediorum onus emtorem spectare placuit"; l. 6 §. 5 D. de mun. (50; 4); l. 11 D. de vac. (50; 5).

[4] Auch die Frohnden sind nur als eine Abgabe vom Grundstück aufzufassen, weshalb z. B. Spanndienste von Grundstücken ohne Gespann schwerlich je vorkommen würden.

[5] Es braucht nicht ein qualificirter Vertrag zu sein, d. h. ein gerichtlicher Act hinzuzukommen. Maurenbrecher, Deutsches Privatrecht, 2. Ausgabe §. 323. Phillips, Deutsches Privatrecht, 3. Ausgabe §. 119. Die Einführung solcher Publicität durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht mag zweckmäßig sein; sie darf aber nicht ohne solche Grundlage als gemeinrechtlich geltend hingestellt werden. Gerber a. a. O. §. 169 verlangt einen qualificirten Vertrag; ebenso für den Fall der folgenden Note. Desgl. Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, 11. B. (Tübingen 1847), S. 450—491. Noch weiter geht Beseler, Deutsches Privatrecht, §. 190, welcher da, wo die gerichtliche Auflassung antiquirt und nicht etwa ein Ersatz (Eintragung in öffentliche Bücher oder gerichtliche Anmeldung und Bestätigung) eingeführt ist, die Bestellung (nicht auch Reservation) durch Vertrag und letztwillige Verfügung ganz ausschließt.

[6] Ein gerichtlicher Act ist auch hierbei nicht erforderlich.

[7] Z. B. ein Altentheil beim Bauernstande. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 207.

daß auf Anerkennung und die einzelne Leistung oder blos auf letztere geklagt wird. Wenn lediglich die einzelne Leistung streitig ist, nicht das Recht, so ist auch nur auf jene zu klagen; sonst auf Anerkennung des Rechts und auf Erfüllung der einzelnen Leistung.

1) Bei der Klage auf Anerkennung und die einzelne Leistung ist zur Begründung der Klage einmal alles unter I Bemerkte vorzubringen, ausgenommen das, was sich darauf bezieht, daß die Klage unter I blos eine Anerkennungsklage ist. Dahin gehört auch der gegenwärtige juristische Besitz des Beklagten, da die auf Anerkennung und die einzelne Leistung gerichtete Klage auch gegen den früheren Besitzer erhoben werden kann; ferner der Nachweis eines rechtlichen Interesses, indem dieses sich bei dem Verlangen nach Erfüllung der einzelnen Leistung von selbst versteht. Sodann ist anzugeben, welche einzelnen Leistungen ihrem Gegenstande nach beansprucht werden, sowie daß sie gerade auch fällig geworden seien, und zwar während der Besitzzeit des Beklagten.

2) Wenn nur auf die einzelne Leistung geklagt wird, ist geltend zu machen:

a) daß Kläger als Reallastberechtigter activ zur Sache legitimirt sei;

b) daß Beklagter als Besitzer zur Zeit des Eintritts[8] der Fälligkeit passiv zur Sache legitimirt sei;

c) daß es sich um eine ihrem Gegenstande nach genau anzugebende Leistung handle;

d) daß diese in der unter I 4 bezeichneten Weise begründet und insbesondere auch zur Zeit des Beklagten fällig geworden sei;

e) daß somit um Verurtheilung zur Erfüllung gebeten werde.

Es kann natürlich auch auf Anerkennung der Freiheit von der Reallast im Fall eines rechtlichen Interesses an einer alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung geklagt werden.

Die Begründung dieser Klage ergibt sich von selbst.

Ueber die Anwendbarkeit der Klage aus Reallasten als Publiciana herrscht Streit.[9] Mir scheint die Anwendbarkeit statthaft zu sein, und zwar völlig den bekannten Regeln über die Publicianische Klage entsprechend, wie sie oben im §. 57 angegeben sind. Wenn die Berechtigung an ein

---

[8] Der spätere Besitzer haftet für die Rückstände nur ausnahmsweise; insbesondere haftet er dafür bei öffentlichen Reallasten. Vgl. l. 7 pr. D. de public. (39; 4); l. 36 D. de jure fisci (49; 14); l. 5 §. 2 D. de cens. (50; 15).

[9] Vgl. Hillebrand a. a. O. S. 619.

Grundstück geknüpft ist, würde also auch der gutgläubige Besitzer desselben activ zur Klage legitimirt sein. Sodann genügt die Behauptung, daß Kläger oder dessen Auctor vom Beklagten oder dessen Vorbesitzer justo titulo, der auch ein Putativtitel sein kann, und bona fide den Quasibesitz des Rechts erworben habe. Wenn der Titel ohne Besitzerwerb das Recht gibt, kommt auf den Besitzerwerb nichts an.[10] Ist etwa eine besondere Förmlichkeit, z. B. ein gerichtlicher Act, zum Erwerbe des Rechts nothwendig, so müßte dieser Act erfolgt sein, indem selbstverständlich das, was nach Römischem Recht in Ansehung der Tradition (anstatt der mancipatio oder in jure cessio) von res mancipi zum Zweck der Fortbildung des Rechts angenommen war, wegen mangelnder Gleichheit des Grundes und auch schon im Justinianeischem Recht erfolgter Beseitigung dieser Anwendbarkeit der Publiciana actio nicht auf völlig verschiedene Verhältnisse des heutigen geltenden Rechts (eine gerichtliche Auflassung oder doch überhaupt einen gerichtlichen Act) angewandt werden darf.

§. 336.

n. Insbesondere die Altentheilsklage.

Ein Altentheil, Altvaterrecht, Abschied, Ausgeding, Auszug, Verlehnt, eine Leibzucht kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Es kann sich dabei auch um eine anticipirte Erbfolge[1] handeln. Immer, sofern der Altentheiler einen Anspruch auf gewisse Leistungen hat, ist eine Reallast vorhanden.[2]

Hauptsächlich interessirt uns die Klage des Berechtigten auf die einzelnen ihm zukommenden Leistungen.

Zu deren Begründung ist anzugeben:

1) Die Activlegitimation zur Sache. Activ legitimirt ist der Alten-

---

[10] L. 1 §. 2, l. 11 §. 2, l. 12 §. 1, l. 15 D. de Publ. i. r. a. (6; 2).

[1] Dieselbe enthält keine Gesammt-, sondern nur eine Sondernachfolge. Man darf dabei nicht annehmen:

einen Kauf, sofern kein Preis vorliegt;

einen Erbvertrag, da der Nachfolger sofort erwirbt, auch nicht den Vorgänger zu überleben braucht, um den Erwerb auf seine Erben zu übertragen, es auch nicht einer activen und passiven testamenti factio bedarf;

eine Schenkung unter einem Modus, da auf eine Absicht, zu schenken und als Geschenk das Gut anzunehmen, nichts ankommt, auch die anticipirte Erbfolge auf einem rechtlichen Zwange beruhen kann, ferner eine Vermögensverminderung und eine Vermögensbereicherung nicht wesentlich sind.

Vgl. Hillebrand a. a. O. S. 751 und 752.

Vielmehr liegt ein s. g. Innominatrealcontract vor, und zwar meistens der Gesichtspunkt do, ut facias et des.

[2] Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 159. Hillebrand a. a. O. S. 751 Note 10.

theiler. Dies ist der Regel nach nicht blos der frühere Besitzer, sondern auch dessen Ehefrau. Die Erben sind in Betreff der für die Lebenszeit des Altentheilers, und zwar im Zweifel nach Verhältniß der Zeit ohne Rücksicht auf die Fälligkeitstermine, zu berechnenden Leistungen legitimirt. Cedirt werden können auch nur solche Rückstände nach dem Tode des Altentheilers.[3]

2) Die Passivlegitimation zur Sache. Sie trifft zu bei dem juristischen Besitzer des Grundstücks. Rückstände aus der Besitzzeit eines Vorgängers sind gegen diesen oder dessen Erben einzuklagen; es möchte denn das Grundstück zur Sicherheit verpfändet sein, in welchem Fall gegen den nachfolgenden Besitzer die Pfandklage anstellbar ist.

3) Der Gegenstand. Dieser kann in einem Usufructus oder Usus an Grundstücken, z. B. einer Altentheilskathe, einem Garten u. s. w., oder in Leistung von Naturalien oder Geld u. d. m. bestehen. Wenn auch die Naturalien als Erzeugnisse der Stelle zu verstehen sind[4] und der Regel nach nur von der eigenen Aerndte Waare mittlerer Art und Güte verlangt werden kann[5], so ist es doch nicht Sache des Klägers, speciell zu behaupten und zu beweisen, daß die Stelle die beanspruchten Naturalien erzeugt habe. Verlangt der Beklagte Modificationen dieser Leistung, weil die Stelle sie nicht hervorgebracht, so muß er solches geltend machen. In der Zusage der Naturalien liegt die bis zur Darlegung des Gegentheils bindende Anerkennung der Leistungsfähigkeit.[6]

4) Der Grund. Dieser kann ein Vertrag oder eine letztwillige Disposition oder eine gesetzliche Vorschrift in Verbindung mit den Voraussetzungen derselben, insbesondere dem Besitz des Beklagten, sein. Namentlich ist dabei hervorzuheben, daß gerade bei der Auflösung des rechtlichen Verhältnisses des Altentheilers zu dem Gewese der Altentheil für ihn oder seine Wittwe auf Lebenszeit festgesetzt sei.[7]

5) Der Antrag. Derselbe ergibt sich aus den Bemerkungen zu 3.

---

[3] „Die Leibzucht ist hinsichtlich der Berechtigung durchaus persönlich." Maurenbrecher, Deutsches Privatrecht, 2. Auflage, II. (Bonn 1855), §. 734.

[4] Schl.-Holst. A. v. 1879, S. 20.

[5] E. d. R. G. i C. 1. B. N. 129.

Vgl. auch H. G. B. Art. 335.

[6] Vgl. auch l. 17 §. 1 D. de ann. leg. (33; 1); l. 13 D. de trit., vin. v. ol. leg. (33; 6). Es ist übrigens quaestio facti, ob die Naturalien nicht auch dann zu leisten seien, wenn die Stelle sie gar nicht, auch nicht in vorhergehenden Jahren hervorgebracht hat. Im Zweifel würden sie zu leisten sein.

[7] H. A. v. 1862, S. 128.

Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 18.

§. 337.

o. Die Alimentenklagen.

Wie die Verbindlichkeit, Jemanden zu alimentiren, auf verschiedenen Gründen beruhen kann, so gibt es auch verschiedene Alimentenklagen. Im Allgemeinen ist dabei zur Begründung Folgendes hervorzuheben:

1) Kläger muß seine Legitimation behaupten, also darlegen, daß er selbst alimentationsberechtigt oder zur Vertretung des Berechtigten befugt sei.

Ein Cessionar dürfte nicht legitimirt sein, er möchte denn die Alimente vorgestreckt oder ein Aequivalent gegeben haben oder es möchte der Bezug über den nothwendigen Lebensunterhalt hinausgehen. Eine weiter reichende Cession möchte Rechte Dritter verletzen, gegen die Intention des Verleihers verstoßen und den guten Sitten widersprechen.[1]

Für ein uneheliches Kind kann der Vormund vor wie nach dem Tode der Mutter, aber auch die Mutter mit der actio de partu agnoscendo utilis klagen.[2]

2) Die Passivlegitimation des Beklagten zur Sache ist genau hervorzuheben.

Die Erben des stuprator können belangt werden, nicht blos soweit die an sie gelangte Erbschaft reicht.[3]

Der Vater des Schwängerers, wenn er nicht Erbe ist, haftet nicht. Mehrere gleich Verpflichtete haften im Zweifel im Fall zu 4 a und b, sofern sie durch Einen Vertrag oder Ein Vermächtniß verpflichtet sind, pro partibus, im Fall zu 4 c, d und e in solidum, mit Zulassung des beneficium divisionis im Fall zu 4 c und e, jedoch mit Ausschließung desselben im Fall zu 4 e, sofern es sich um mehrere stupratores handelt, weil, wenn es sich auch nicht um eine Delictsobligation handelt, doch nicht von irgend einer Gemeinschaft zwischen selbigen die Rede sein kann. Die Ansicht des R. O. H. G., daß die Einrede der Theilung ganz auszuschließen sei — E. desselben 23. B. Nr. 98 —, kann ich nicht für richtig halten. Vgl. oben §. 15 Note 65.

Die Ansichten, als ob die s. g. exceptio congressus cum pluri-

---

[1] Nach den E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 42 scheint mir das Reichsgericht eine Cession doch nicht in einem weiteren Umfange für zulässig zu halten. S. auch daselbst 4. B. Nr. 60.

[2] H. A. v. 1863, S. 216. Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 113. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 280.

[3] Vgl. H. A. v. 1859, S. 205 und 206, v. 1863, S. 365 fg., wonach die Erben nur, soweit die Masse reicht, haften sollen, weil eine Delictspflicht vorliege.

bus die vorliegende Klage ganz entkräfte oder nur für den Fall des Unvermögens der Mutter eine Klage des Kindes zulasse — vgl. Elvers, Themis, 2. B. Heft 2 (Göttingen 1829), S. 189—201 —, sind gegenwärtig wohl als antiquirt zu bezeichnen.

3) Der Ausdruck Alimente umfaßt jedenfalls Beköstigung, Kleidung und Wohnung. Eine geringere Leistung erfordert den Gebrauch eines weniger umfassenden Ausdrucks. Zu den Alimenten gehören auch Geburts-, Tauf- und Wochenbettskosten, die ex bono et aequo, ohne daß die wirkliche Verausgabung behauptet zu werden brauchte, festzusetzen sind.

Dasselbe gilt auch von rückständigen Alimenten im engeren Sinne.[4]

Bei außerordentlichen Kosten, z. B. für eine Operation, wie einen Kaiserschnitt, müßte allerdings deren Verausgabung und Nothwendigkeit behauptet werden.

Ein Recht zur Selbstverpflegung steht dem stuprator nicht zu, braucht also auch in der Klage nicht berücksichtigt zu werden.

Auch s. g. alimenta civilia im Gegensatz gegen s. g. naturalia, z. B. Unterrichts- und Studirkosten, sowie Proceßkosten kommen oft in Betracht.[5] Jedoch bei einem Vermächtniß von Alimenten nur dann, wenn dies erweislich dem Willen des Erblassers entspricht.[6]

Ein Gleiches wird auch beim Vertrage anzunehmen sein.

Die Verpflichtung, zu alimentiren, umfaßt nicht die Verpflichtung, Schulden zu bezahlen, es möchte sich denn um die geschehene Creditirung von Alimenten handeln.[7]

Es ist die Höhe[8] der verlangten Alimente näher zu begründen. Auch ein Vertrag oder Vermächtniß ist gültig, wenn die Höhe nicht bestimmt ist. Sie ist dann viri boni arbitrio den Umständen nach festzusetzen.[9]

Die bis zur Pubertät vermachten Alimente sind bei Personen männlichen Geschlechts bis zum vollendeten 18., bei denen weiblichen Geschlechts bis zum vollendeten 14. Lebensjahre zu gewähren.[10]

---

[4] Schl.-Holst. A. v. 1878, S. 114. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 123.

[5] L. 5 §. 12 D. de agn. et al. lib. (25; 3).

[6] L. 6 und 7 D. de alim. v. cib. leg. (34; 1).

[7] L. 5 §. 16 D. de agn. et al. lib. (25; 3).

[8] Sie richtet sich im Allgemeinen nach den Vermögensverhältnissen (l. 5 §. 19 D. [25; 3]) und dem Stande sowie dem Bedürfniß.

[9] L. 5 D. de alim. v. cib. leg. (34; 1).

L. 14 D. de ann. leg. (33; 1). Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 16 und Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 21.

[10] L. 14 §. 1 D. de alim. v. cib. leg. (34; 1.) Da namentlich bei letztwilligen Verfügungen bisweilen für das Umfangreichere zu Gunsten des Bedachten inter-

4) Es ist ein Verpflichtungsgrund zu behaupten, und zwar entweder

a) Vertrag, oder

b) Vermächtniß, oder

c) Verwandtschaft, im Allgemeinen nach Ordnung der Intestaterbfolge [11], oder

d) Delict [12], oder

e) blos gesetzliche Vorschrift. [13]

Ob ein Delict vorliege, ist nach den Grundsätzen der lex Aquilia oder der actio doli u. d. m. zu beurtheilen.

Die Verpflichtung des Erzeugers unehelicher Kinder beruht weder auf Delict oder auf einer unerlaubten Handlung, noch auf Verwandtschaft oder Erzeugung, sondern blos auf gesetzlicher, durch die Möglichkeit der Erzeugung veranlaßter Vorschrift, so daß auch der Vormund eines wahnsinnigen stuprator belangt werden kann. [14] Bei der Klage gegen den außerehelichen Vater ist der concubitus und die dadurch bewirkte Schwängerung (wobei zur Erleichterung des Beweises die Geburt des Kindes in der Zeit von 6—10 Monaten [15] nach dem concubitus in Betracht kommt) zu behaupten; in Betreff der adulterini überdies, daß

---

pretirt wird, kann die vorliegende Bestimmung nicht auf Geschäfte unter Lebenden angewandt werden.

[11] Ascendenten und Descendenten sind gegenseitig verpflichtet; aber es gilt die aufgestellte Regel: „Spurii et vulgo quaesiti patrem habere non videntur." L. 5 pr. §. 1—9 D. de agn. et al. lib. (25; 3).

Der Vater ist vor der Mutter verpflichtet, so daß die beklagte Mutter eine bezügliche Einrede vorschützen könnte. Nov. 117. c. 7.

Der väterliche Großvater, welcher nicht Gewalthaber ist, haftet nicht vor dem mütterlichen. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 44. Geschwister sind nicht verpflichtet, Alimente zu gewähren. Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 31 und 242. N. e. l. 1 §. 2 D. de tut. — act. (27; 3). Bei den Erben der verpflichteten Verwandten, Verschwägerten oder, abgesehen vom Stuprator, gesetzlich Haftenden kann die Verpflichtung nicht erst neu entstehen und der Fortbezug der schon bei Lebzeiten geleisteten Alimente fällt weg, jedoch sollen die Erben des Sohnes die von ihm dem Vater ex officio pietatis gewährten Alimente im Fall der summa egestas des Vaters auch weiter gewähren. L. 5 §. 17 D. de agn. et al. lib. (25; 3). Vgl. auch E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 60 und Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 2.

[12] L. 7 D. ad. leg. Aquil. (9; 2).

[13] Der Schwiegervater ist der Schwiegertochter gegenüber nur dann verpflichtet, wenn deren Ehemann in seiner Gewalt sich befindet. L. 20 §. 2 D. fam. erc. (10; 2).

[14] C. 5 X. de eo, qui dux. in matr. (4; 7).

[15] L. 12 D. de statu hom. (1; 5). L. 3 §. 11 und 12 D. de suis et leg. her. (38; 16). L. 29 pr. D. de lib. et post. her. (28; 2). C. 4 C. de post. her. inst. (6; 29).

der Ehemann der Mutter nicht Vater sein könne.[16] Falls schon vor der Geburt auf Alimente geklagt wird, muß der Beischlaf und die dadurch bewirkte Schwängerung behauptet und bewiesen werden.

In den Fällen zu c, d und e wird auch das Bedürfniß des zu Alimentirenden als Klagegrund mitanzugeben sein.[17] Wenn z. B. ein uneheliches Kind genügendes eigenes Vermögen besitzt, kann nicht gegen den natürlichen Vater auf Leistung von Alimenten geklagt werden. Daher würde auch die Klage eines Vormundes gegen den natürlichen Vater durch den Einwand beseitigt werden können, daß Beklagter mit der Mutter sich abgefunden habe, und diese zur Alimentation bereit und im Stande sei. Dieser Einwand wäre eine motivirte Verneinung, nicht eine Exception im eigentlichen Sinne. Der Einwand, daß man sich mit der Mutter abgefunden habe, ohne den Zusatz, daß sie bereit und im Stande sei, zu alimentiren, genügte nicht. Darin läge kein genügendes Leugnen des Fundaments der Klage, der Bedürftigkeit. Wäre letztere gar nicht behauptet, so müßte die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden. Jedoch wird meistens schon in der Klaganstellung an sich jene Behauptung gefunden werden können. Da ein mit der Mutter geschlossener Vergleich den Vormund nicht bindet, kann daraus eine exceptio pacti conventi überhaupt nicht abgeleitet, sondern in Folge dessen unter den angegebenen Bedingungen nur die Hülfsbedürftigkeit bestritten werden.

Wer seinem jugendlichen Alter nach als nicht erwerbsfähig zu betrachten ist, muß für bedürftig angesehen werden. Es genügt die Behauptung eines solchen Alters, indem damit im Zweifel auch die Bedürftigkeit als behauptet zu betrachten ist. Sonst müssen andere Umstände, wie Wahnsinn, Krankheit u. d. m., für die Erwerbsunfähigkeit und somit die Bedürftigkeit hervorgehoben werden. Besitz von Vermögen kann nie vermuthet werden. Vielmehr ist umgekehrt Vermögenslosigkeit anzunehmen. Mithin ist die Behauptung, daß man kein Vermögen besitze, die allerdings zur Begründung der Klage gehört, nicht zu beweisen.

Die Fähigkeit, Alimente zu gewähren, sei es wegen Einkommens oder sei es wegen Capitalvermögens[18], gehört in den Fällen zu c und e, sofern die Verpflichtung etwas Ungewöhnliches, nicht etwas Selbstver-

---

[16] L. 6 D. de his, qui sui v. a. j. s. (1; 6). L. 11 §. 9 D. ad leg. Jul. de adult. (48; 5). Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 189. H. A. v. 1863, S. 216. Vgl. auch Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 249.

[17] L. 9 D. de agn. v. al. lib. (25; 3). L. 1 §. 2 D. de off. praef. urbi (1; 12). E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 128. Wenn auch im Fall zu d wegen mangelnden Bedürfnisses nicht Alimente verlangt werden können, so ist damit noch nicht ein sonstiger Entschädigungsanspruch ausgeschlossen.

[18] E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 40.

ständliches[19] ist (z. B. die der Frau, den Mann oder die des Sohnes, den Vater oder die des Vaters, den verarmten Sohn zu alimentiren) ebenfalls zum Fundament der Klage, ist aber bei den ihrem Alter nach Erwerbsfähigen wiederum als stillschweigends behauptet zu betrachten. In diesem Falle ist sie nicht zu beweisen, weil sie vermuthet wird.[20]

Bei der Schwängerungsklage muß auch der Ort der Schwängerung angegeben werden, da nach den Gesetzen derselben die Verpflichtung des natürlichen Vaters zu beurtheilen ist.

5) Der Antrag wird auf angemessene Alimente nach richterlichem Ermessen gerichtet werden können, es möchte denn der Richter einen der Höhe nach bestimmten Vorschlag verlangt haben.[21]

Bei der s. g. actio de partu agnoscendo utilis und anderen auf einen bestrittenen Zustand sich stützenden Alimentenklagen ist zweckmäßigerweise auch auf Anerkennung des partus u. s. w. zu klagen.

Eine Klage auf Rückerstattung geleisteter Alimente gegen den Alimentirten für den Fall, daß dieser später zu hinreichendem Vermögen gelangt ist, wird sich ohne besonderen Verpflichtungsgrund weder dann, wenn die Alimente in Folge eines rechtlichen Zwangs geleistet, noch dann, wenn sie ohne solchen gewährt sind, rechtfertigen lassen.[22]

Lag ein rechlicher Zwang vor, so läßt sich selten ein besonderer Verpflichtungsgrund annehmen.[23] Lag kein rechtlicher Zwang vor, so wird es namentlich auf den Nachweis eines acceptirten animus repetendi ankommen.[24] Ein einseitiger solcher animus würde nicht genügen, sofern von einer negotiorum gestio wegen Mangels der absentia nicht die Rede sein könnte. Dann könnte nur ein etwaiges Mandat in Frage kommen. Anders wäre es allerdings, wenn statt des zur Alimentation Verpflichteten ein Anderer in der Absicht, diesen zu obligiren, als Gestor alimentirt oder wenn freilich der Verpflichtete es gethan hätte, aber der Alimentirte, etwa wegen Kindheit, Wahnsinns u. d. m. als Abwesender anzusehen war.

---

[19] Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 78.

[20] Vgl. l. 1 §. 4 D. de tut. — act. (27; 3);
Schl.-Holst. A. v. 1879, S. 27 und 308; dagegen auch E. d. R.G. i. C. 4. B. Nr. 44.

[21] Vgl. oben §. 17 unter I zu 1 H c a. E.

[22] H. A. v. 1863, S. 55 und 56; Schl.-Holst. A. v. 1864, S. 174—176. Die l. 34 D. de neg. gest. (3; 5) enthält einen besonderen Verpflichtungsgrund, nämlich den, daß die Großmutter den Umständen nach die Absicht gehabt habe, den Enkel aus dessen eigenem Vermögen zu alimentiren. Vgl. auch Elvers, Themis, 2. B. Heft 3 (Göttingen 1830), S. 505—522 und Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen (Weimar 1866), S. 242.

[23] C. 11 C. de neg. gest. (2; 18).

[24] Gruchot, Beiträge, XVI. Jahrgang (Berlin 1872), S. 454.

§. 338.

p. Die Klage auf Leistung einer cautio damni infecti.

Begründung:

1) Kläger sei Eigenthümer oder anderweitig dinglich oder blos obligatorisch berechtigter Inhaber eines gefährdeten Grundstücks; wobei zu beachten ist, daß auch der bonae fidei possessor die Caution verlangen kann, jedoch nicht von dem, der auch Eigenthümer des bedrohten Grundstücks[1] ist; ferner nicht dann, wenn gleichzeitig auch der Eigenthümer sie verlangt; sowie er natürlich auch nicht als Singularsuccessor aus einer dem Eigenthümer, aber nicht seinem Vorgänger geleisteten Caution klagen kann.[2]

2) Dem Beklagten gehöre das gefahrdrohende Grundstück oder Werk auf demselben, sei er Eigenthümer, alleiniger oder Miteigenthümer, gutgläubiger Besitzer, Emphyteuta oder Superficiar oder sei er sonst dinglich berechtigt, oder Unternehmer eines Werks auf öffentlichem Grundstück.[3]

3) Es handle sich um Leistung einer cautio damni infecti[4] und zwar einer Verbalcaution, wenn Beklagter Eigenthümer, bonae fidei possessor oder Inhaber einer Grunddienstbarkeit ist, sonst einer Satisdation[5], (jetzt auch einer genügenden sonstigen Realcaution), innerhalb

---

[1] L. 11 und 13 §. 9 D. de damno infecto, et de suggrundiis et protectionibus (39; 2).

[2] L. 13 §. 4 und 5, l. 18 §. 7, l. 21, l. 38 pr. D. h. t.

Mehrere Bedrohte werden im Fall der Nichtleistung der Caution zu gleichen Theilen eingewiesen, wobei eine gleichzeitige Einweisung nicht erforderlich ist. Ist aber einer bereits ex secundo decreto immittirt, so muß er caviren oder dem Anderen ganz weichen. L. 15 §. 15, 17 und 18 D. h. t.

[3] L. 15 §. 24—27, l. 19 pr. D. h. t. Arndts a. a. O. §. 328 Anm. 3. Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 31. Wenn das mangelhafte Grundstück zunächst auf das angränzende und letzteres dann wieder auf ein anderes zu stürzen droht, so kann für letzteres auch gegen den Eigenthümer des mittleren, obschon dieses ganz fehlerfrei ist, auf Leistung der Caution geklagt werden. L. 13 §. 2. D. h. t.

[4] Nach der l. 24 §. 1 D. h. t. soll sich die Caution auch auf Singularsuccessoren erstrecken. Die Stelle lautet: „Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen, vel successorum, eorumque, ad quos ea res pertinet; successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur." Dies fasse ich in folgender Weise auf. Der Promittent cavirt dem Berechtigten auch für dessen Singularsuccessor. Wenn letzterer dann das bedrohte Grundstück erwirbt, so kann er nach den Regeln über die Verträge zu Gunsten Dritter nicht blos nach heutigem Recht, sondern schon nach Röm. Recht aus der Caution klagen. Ebenso, wenn der Cavent veräußert und mit seinem Singularsuecessor vereinbart hat, daß dieser dem Promissar aus der Caution haften solle. Mit Rücksicht auf die Note 58 des §. 12 dieses Buchs dürfte diese Auffassung nicht sehr gewagt sein.

[5] L. 7 pr. D. h. t.

einer causa cognita[6] zu bestimmenden Frist zur Leistung der Caution[7] und mit einem Endtermin für deren Wirksamkeit[8], bei Vermeidung einer die Detention und Custodia neben dem Gegner[9] gewährenden missio in possessionem ex primo decreto und im Fall ferneren Ungehorsams nach Verlauf einer angemessenen Zeit causa cognita[10] einer ausschließlichen Besitz und Eigenthum oder das sonstige Recht des Beklagten gebenden missio ex secundo decreto[11], und zwar der Regel nach einer Einweisung in den Besitz des ganzen Gebäudes oder Werks.[12]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß wegen nicht blos natürlicher Fehler[13] eines Grundstücks (auch eines Gebäudes, Baumes u. s. w.) oder vollendeten sowie im Bau begriffenen Werks (nicht auch Geschäftsbetriebes — Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 28 —) Schaden für ein ländliches oder städtisches, bebautes oder nicht bebautes Grundstück zu besorgen[14] sei und daß Kläger ein anderes Rechtsmittel nicht habe.[15]

---

[6] L. 7 pr. D. h. t.

[7] L. 4 §. 1 D. h. t.

[8] L. 13 §. 15 D. h. t. Wegen eines an einem öffentlichen Fluß oder dessen Ufer nicht publice errichteten Opus kann eine Satisdation (oder jetzt auch eine sonstige genügende Realcaution) auf 10 Jahre verlangt werden, und zwar natürlich blos wegen eines vitium operis, nicht auch loci. L. 15 §. 2—10 D. h. t.

[9] L. 15 §. 20 D. h. t.

[10] L. 4 §. 4, l. 15 §. 21 und 22 D. h. t.

[11] Wenn der ex secundo decreto Eingewiesene den alten Fehler nicht verbessert, kann der Verdrängte nicht von ihm Caution oder Einweisung verlangen. L. 13 §. 11 D. h. t.

[12] L. 15 §. 12 und 13 D. h. t. Bei großen Gebäuden und bei unbebauten Grundstücken erfolgt die Einweisung auf einen Theil. L. 38 §. 1 D. h. t.

[13] L. 24 §. 2 D. h. t. in den Worten „quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committitur".

[14] Wenn der Schaden bereits eingetreten ist, der Beschädigte aber aus gerechten Ursachen, z. B. wegen Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten, Mangels an Zeit u. s. w., verhindert war, die Caution zu verlangen, oder wenn der Schaden nach der richterlichen Anordnung, aber vor der nicht schuldvoll verzögerten und nicht aufgegebenen Vollziehung der Einweisung sich zugetragen hat, so kann der Beschädigte nach Wahl des Beklagten entweder Ersatz des Schadens oder noch Einweisung begehren. L. 7 §. 2, l. 8, l. 9 pr., l. 15 §. 32 und 35, l. 44 pr. D. h. t. Schmidt, Klagen und Einreden, 7. Ausgabe, §. 1251. Wenn aber dem Beklagten in Ansehung der Leistung der Caution oder Einräumung des Besitzes zur Zeit des Eintritts des Schadens bereits ein Ungehorsam zur Last fiel, so hat Kläger die Wahl. L. 7 pr., l. 15 §. 36 D. h. t.

Abgesehen von den in dieser Note berührten Ausnahmefällen würde der Beschädigte, wenn er nicht sonst ein Klagerecht hätte, blos deshalb, weil er eine cautio damni infecti hätte verlangen können, ohne wirklich geschehene Cautionsleistung keineswegs ein Klagerecht mit Erfolg geltend machen können. Busch a. a. O. 32. B. S. 310.

[15] L. 13 §. 6, l. 18 §. 4, l. 20, 32, 33, 34 D. h. t. Die heutige

5) Beantragt werde demnach, Beklagten zu verurtheilen, dem Kläger

---

Möglichkeit einer polizeilichen Abhülfe kann dem Beklagten keine Einrede gewähren.

In manchen Fällen muß der Eigenthümer eines Grundstücks es dulden, daß ein Anderer gegen Leistung einer cautio damni infecti und praeteriti (l. 7 §. 2, l. 9 pr. §. 3 D. h. t.) auf oder an demselben etwas vornehme. Hier kann nicht auf Leistung dieser Caution geklagt werden, weil, wenn sie nicht geleistet wird, man die betreffende Handlung nicht zu dulden braucht, mithin eine Klage überflüssig ist.

Bei einem Opus an einer öffentlichen oder gemeinschaftlichen Sache wird wegen Nichtleistung der Caution der Regel nach Hinderung an der Fortsetzung des Opus als begründet und genügend eintreten. Vgl. Windscheid a. a. O. §. 460.

In neueren Zeiten ist die Frage praktisch geworden, ob die Anlieger einer Eisenbahn von dem Eigenthümer oder Unternehmer derselben die Herstellung einer tauglichen Befriedigung verlangen können. Ich gehe dabei von der Annahme aus, daß die Landesgesetzgebung diese Frage nicht entschieden habe. Dann ist dieselbe zu verneinen. Der Umstand, daß etwa das Vieh des Anliegers auf das Gebiet der Eisenbahn übertreten und dort getödtet oder beschädigt werden kann, führt nicht zu einer partiellen Störung des Eigenthums oder des Besitzes, so daß die actio negatoria oder das interdictum uti possidetis nicht begründet sind. Die actio legis Aquiliae würde im Fall der Tödtung oder Beschädigung nicht anwendbar sein, weil kein Verschulden vorliegt. Denn es gilt die Regel: „Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet". Es hätte ja auch der Anlieger befriedigen oder das Vieh genügend bewachen lassen können. Also: „Damnum quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare." Ein Anspruch auf eine cautio damni infecti ist nicht begründet, weil es an der Fehlerhaftigkeit eines Grundstücks oder Werks mangelt. — Umgekehrt fragt sich, ob nicht der Eigenthümer oder Unternehmer der Eisenbahn gegen den Anlieger einen Anspruch auf Befriedigung habe. Wenn durch das Uebertreten des Viehes die öffentliche Sicherheit gefährdet werden sollte, würde polizeilich eine Einfriedigung erzwungen werden können. Mithin wäre der subsidiäre Anspruch auf die cautio damni infecti nicht statthaft. Wäre das Vieh übergetreten, so würde das interdictum uti possidetis und die actio negatoria anwendbar sein; und zwar auf Schadensersatz, ein Verbot fernerer Störungen und bei gegründeter Besorgung fernerer Störungen eine s. g. cautio de non amplius turbando. Wenn diese von der cautio damni infecti verschiedene Caution unter Umständen nur durch Herstellung einer genügenden Befriedigung geleistet werden könnte, müßte eine solche hergestellt, könnte also auch auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden. Hätte die Sache keinen polizeilichen Charakter und wäre auch bisher noch nicht eine Störung vorgekommen, aber doch zu besorgen, so kann ich ein Rechtsmittel nicht für gerechtfertigt halten. Der Anspruch auf eine cautio damni infecti wäre nicht begründet, weil es an der Fehlerhaftigkeit eines Grundstücks oder Werks fehlt. Denn der Mangel einer Einfriedigung des Grundstücks ist kein Fehler desselben und das Hintreiben von Vieh auf das eigene Land zur Weide u. d. m. überhaupt kein Opus. Will der Eigenthümer oder Unternehmer der Eisenbahn nicht erst das wirkliche Uebertreten abwarten, so mag er selbst für sich sorgen, durch Einrichtung einer eigenen Befriedigung oder auf andere Weise. Vgl. zu den vorstehenden Bemerkungen Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 9.

die Caution binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist zu leisten, widrigenfalls auf Anhalten des Klägers die Einweisung desselben in den Besitz erfolgen werde.

Die Einrede des Beklagten, daß Kläger einen Gefährdeeid zu leisten habe[16], kann durch die Replik, daß Kläger dazu bereit sei, beseitigt werden.

§. 339.

q. Actio ad exhibendum.

Mit dieser Klage verwandt ist die Römische actio de edendo gegen argentarii und nummularii. Da solche in der Weise, wie bei den Römern, jetzt nicht mehr vorkommen, so ist die actio de edendo antiquirt. Sofern nicht eine civilprocessualische Edition begründet ist, würde jetzt die Vorlegung von Urkunden nur in gleicher Weise, wie die anderer Sachen, verlangt werden können.[1]

Zur Begründung der actio ad exhibendum muß nun Folgendes behauptet werden:

1) Kläger sei als gegenwärtiger Interessent activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei passiv zur Sache legitimirt, weil er die zu exhibirende Sache, bezw. die mehreren zu exhibirenden Sachen besitze oder detinire oder sonst die Möglichkeit, sie zu exhibiren, habe[2] oder dolo malo zu besitzen oder zu detiniren aufgehört oder sich jene sonstige Möglichkeit entzogen habe.[3]

---

[16] L. 7 pr. D. h. t.

[1] Vgl. den tit. D. de edendo (2; 13), namentlich l. 4 pr., l. 6 §. 4 und 8, l. 9 §. 2, l. 10 §. 1, l. 13 daselbst; den tit. C. de edendo (2; 1), und unten §. 340 und §. 368. Wenn übrigens in Ansehung der Urkunden die civilprocessualische Vorlegung nicht ausreicht, würde nach den Bemerkungen zu 4 des vorliegenden §. 339 in dringenden Fällen wegen einer justa et probabilis causa doch die act. ad exhibendum genügen.

[2] L. 3 §. 15, l. 4, l. 5 pr. §. 1. D. ad exhibendum (10; 4). L. 8 §. 3 D. de opt. v. elect. leg. (33; 5).

[3] L. 5 §. 2 D. h. t. Beim Besitz ohne die Möglichkeit zu exhibiren kann nur eine Caution wegen Exhibition im Fall der Erlangung der Möglichkeit beansprucht werden. L. 5 §. 6 D. h. t. Nach l. 16 D. de usurp. (41; 3) ist beim Pignus nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger zu belangen, der sich aber doch nach der C. P. O. §. 73 der Benennung seines Auctors bedienen könnte. Der liti se offerens haftet natürlich auch. Dies ist freilich nicht ausdrücklich bestimmt. „Aber die Natur der Sache und die allgemeine Regel in L. 131 D. de R. J." (in den Worten „quia pro possessione dolus est") „spricht dafür." Arndts a. a. O. §. 346 Anm. 3.

3) Es handle sich um Vorlegung oder Trennung oder Herausgabe oder thätige[4] Gestattung der Fortschaffung[5] oder Beseitigung der Hindernisse des Gebrauchs der zu exhibirenden beweglichen oder unbeweglichen Sache oder der mehreren zu exhibirenden Sachen, unter denen sich auch eine erst zu recognoscirende oder auszuwählende befinde[6], unter Umständen nebst der omnis causa und Früchten[7] jedenfalls seit einer mora oder seit Zustellung der Klage, oder um Leistung des zu specificirenden Interesses.[8]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger wegen eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs[9] auf die bewegliche oder unbewegliche Sache[10] oder möglicherweise auf selbige oder andere Sachen[11] ein meistens vermögensrechtliches[12], gegenwärtiges Interesse[13], ausnahmsweise anstatt eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs anderweitig ein wohl begründetes rechtliches Interesse (justam et probabilem causam[14]) an

---

[4] Z. B. durch Aufschließen eines Thors, Erweiterung einer Thür u. d. m. L. 19 §. 5 D. loc. cond. (19; 2). S. unten §. 341 Note 2.

[5] L. 3 §. 6 und 7, l. 6, l. 5 §. 2, l. 5 §. 3 D. h. t.

[6] L. 3 §. 7 D. h. t.

[7] L. 9 §. 6—8 D. h. t.

[8] L. 9 §. 8, l. 11 pr. D. h. t.

[9] L. 3 §. 3—7, §. 14, l. 12 pr., l. 20 D. h. t. Der persönliche Anspruch braucht nicht gegen den Beklagten gerichtet zu sein.

L. 8 §. 3 D. de opt. v. elect. leg. (33; 5).

[10] L. 8 D. h. t. Die l. 38 D. de jud. (5; 1) spricht nur von einer beweglichen Sache, als dem gewöhnlichen Fall. Z. B. der Erblasser vermacht eins von mehreren Grundstücken nach Wahl des Vermächtnißnehmers, dann wird die act. ad exhibendum auf Gewährung der Möglichkeit einer Besichtigung angestellt werden können. Ebenso, wenn es sich um Fortschaffung der widerrechtlich auf das Grundstück des Klägers gebrachten Sache handelt; dann ist das Grundstück zu exhibiren, d. h. dem Kläger die Möglichkeit zu verschaffen, es wie früher zu benutzen.

[11] L. 8 §. 3 D. (33; 5).

[12] Aus l. 13 D. h. t. folgt nicht, daß die act. ad exhibendum stets durch ein vermögensrechtliches Interesse bedingt sei; sondern nur, daß sie anstatt des interdictum de libero homine exhibendo nicht ausreichte. Natürlich, denn dies konnte als Popularinterdict auch von dem gar nicht Interessirten angestellt werden. Bei der act. ad exhibendum ist aber doch ein eigenes, wenn auch nicht vermögensrechtliches Interesse nothwendig. Anstatt des „peculiariter" der Florentina pecuniariter zu setzen, ist ungerechtfertigt, da peculiariter gerade sehr richtig zur Hinweisung auf den Gegensatz gegen das Popularinterdict gebraucht ist.

[13] L. 3 §. 9—12, l. 19 D. h. t. Das rechtliche Interesse muß nicht blos zur Zeit der Litispendenz, sondern auch zur Zeit des Urtheils vorhanden sein. L. 7 §. 7 D. h. t. in den Worten „utroque tempore interfuisse oportere, hoc est et quo lis contestaretur, et quo fieret condemnatio". Der Kläger braucht aber letzteres nicht zu behaupten. Bei jedem neuen Klagevortrage muß er indessen behaupten, daß er gegenwärtig noch ein rechtliches Interesse habe.

[14] L. 3 §. 11 D. h. t. Ein Beispiel eines genügenden rechtlichen Interesses ohne dinglichen oder persönlichen Anspruch enthält die C. P. O. §. 680, in welchem

der Exhibition habe; bezw. (wenn nicht auf wirkliche Vorlegung u. s. w. der Sache, sondern sofort auf das Interesse geklagt wird) darin, daß die wirkliche Vorlegung wegen des angegebenen Dolus nicht mehr erfolgen könne und daß durch die Unmöglichkeit der Exhibition der angegebene Schaden verursacht sei.

5) Beantragt werde demnach, Beklagten zu verurtheilen, dem Kläger die fragliche Sache zu exhibiren, bezw. das specificirte Interesse zu leisten.

Sind mit der Exhibition Kosten verbunden, so muß im Zweifel Kläger diese tragen.[15] Falls er Exhibition auf Kosten des Beklagten beantragt, muß er dafür einen besonderen Grund angeben, z. B. daß selbiger die Sache dolose fortgebracht, also auch die Kosten des Rücktransports zu tragen habe.[16] Hat Kläger bei seinem Antrage dieser Kosten nicht erwähnt, so würde Beklagter eine Einrede vorbringen, Kläger aber noch in der Replik seine Klage ergänzen können. Ist Beklagter zur Exhibition verurtheilt und ist der fragliche Kostenpunkt nicht besonders geregelt, so müßte nun Beklagter die Kosten tragen.

Wenn der Exhibitionsproceß als eine nur vorläufige Nebenstreitsache erscheint, so daß noch eine spätere definitive Hauptstreitsache folgen kann, sind Einreden, welche sich hauptsächlich auf letztere beziehen, in ersterer nur zulässig, wenn sie sofort liquide sind. Jedoch machen davon die exceptiones pacti conventi, doli, jurisjurandi und rei judicatae Ausnahmen, indem über diese der Richter im Exhibitionsproceß jedenfalls zu erkennen hat.[17] Diese 4 Einreden werden nur beispielsweise, wie das Wort „veluti" in l. 3 §. 13 cit. ergibt, genannt, so daß auch andere ihnen gleich zustellen sind. Welche dahin zu zählen seien, darüber muß das richterliche Ermessen mit Rücksicht auf die aus den Umständen abzuleitende Angemessenheit entscheiden. Durch die C. P. O. sind die Bestimmungen der l. 3 §. 13 cit. nicht beseitigt. Denn sie sind materieller Art und beruhen überdies im Wesentlichen auch auf der Natur der Sache.

Falle die Möglichkeit einer Beschwerde der Erhebung einer Klage nicht im Wege stehen würde. Andererseits schließt die Anwendbarkeit des Interdicts des folgenden §. 340 unsere Klage aus. L. 3 §. 8 D. h. t.

[15] L. 11 §. 1 D. h. t. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. B. Abth. 2 (Göttingen 1839), §. 656. Note 14.

[16] L. 11 §. 1 D. h. t.

[17] L. 3 §. 13 D. h. t. Matthiae a. a. O. I. 1. S. 1.

§. 340.
r. Interdictum de tabulis testamenti exhibendis.

Bei diesem im Allgemeinen der actio ad exhibendum gleich zu behandelnden Interdict erfordert die Begründung der Klage Folgendes:

1) Die Darlegung der Activlegitimation des Klägers, als welcher derjenige auftreten kann, welcher ein gegenwärtiges rechtliches Interesse an der Exhibition hat. Während bei der actio ad exhibendum der Regel nach dem rechtlichen Interesse ein dinglicher oder doch persönlicher Anspruch des Klägers an der zu exhibirenden oder auf die zu exhibirende Sache zu Grunde liegen muß, ist dies bei dem interdictum de tabulis testamenti exhibendis nicht erforderlich. Ueberhaupt wird bei letzterem ein rechtliches Interesse leichter anzunehmen sein, als bei der sonst ausreichend gewesenen actio ad exhibendum.[1]

2) Die Nachweisung der Passivlegitimation des Beklagten. In dieser Hinsicht kommt ein Unterschied von der actio ad exhibendum nicht vor.[2]

3) Die Angabe des Gegenstandes. Dieser ist die, auch die Gestattung einer Abschriftnahme mitumfassende[3], Exhibition der Urschrift einer letztwilligen Verfügung, eines Testaments oder Codicills oder einer sonstigen Anordnung, mag sie gültig oder aus irgend einem Grunde ungültig[4] sein, eventuell Leistung des Interesses.[5] Gegen den fingirten

---

[1] L. 3 §. 8 D. ad exh. (10; 4). L. 3 §. 10 und 17 D. de tabulis exhibendis (43; 5). Aus l. 3 §. 10 kann man nicht mit Schmidt, Klagen und Einreden, 7. Ausgabe, §. 525 ableiten, daß nur der, dem im letzten Willen etwas ausgesetzt worden oder dessen Erbe klagen könne. Schon das Wort „Solent" in l. 3 §. 10 deutet auf andere Kläger hin. Ein präterirter Notherbe könnte z. B. ein unabweisbares Interesse daran haben, Exhibition zu verlangen. Die Ansicht des vormaligen O. A. G. zu Lübeck, daß, wenn auch der materielle Erfolg bei dem Ungehorsam des Beklagten schließlich von dem Nachweis des klägerischen Interesses abhänge, für die Klagebegründung doch kein Nachweis des Interesses erforderlich sei — Kierulff, E. d. O. A. G. zu Lübeck, V. Jahrgang (1869), S. 243 fg. —, kann ich andererseits doch auch nicht für richtig halten.

Der Erbe kann sich auch der rei vindicatio und der actio ad exhibendum bedienen. L. 3 §. 8 cit. L. 3 D. test. quemadm. aper. (29; 3).

[2] L. 1 §. 1, l. 3 §. 2—6 D. h. t. L. 2 §. 8 D. (29; 3). Nach l. 3 §. 2 haftet der Deponent, wie Depositar, was auch für die actio ad exhibendum anzunehmen ist.

[3] C. 3 C. quemadmod. test. aper. (6; 32).

[4] C. 4 C. (6; 32). L. 1 §. 2—9 und 11, l. 2, 3 pr. §. 1, §. 7—15 D. h. t. L. 2 D. ad exh. (10; 4).

[5] L. 3 §. 11—14 D. h. t.

possessor geht das Interdict auf das Interesse in gleicher Weise, wie die actio ad exhibendum.[6]

4) Die Angabe des Grundes. Dieser besteht in dem gegenwärtigen[7] Interesse des Klägers an der Vorlegung der letztwilligen Verfügung und in der vorhandenen oder dolo malo beseitigten oder fingirten facultas exhibendi des Beklagten sowie dem eingetretenen Tode des Testators.[8]

5) Die Stellung des Antrags.

Beklagter kann einwenden, daß sein Interesse, zur Zeit nicht zu exhibiren, größer sei, als das des Klägers. Sofern ein Streit über die Erbschaft vom Testament abhängig oder selbiges für eine criminelle Untersuchung von Belang ist, soll nicht Exhibition, sondern nur amtliche Deposition oder Sequestration begehrt werden können.[9] Der Grund ist offenbar der, daß wegen der Möglichkeit, ein Beweismittel zu verlieren oder minder beweiskräftig wieder zu erhalten, vorläufig nicht Vorlegung soll verlangt werden können.

§. 341.

s. Interdictum oder actio de thesauro.

Hierbei ist zur Begründung geltend zu machen:

1) Kläger sei Eigenthümer der in Anspruch genommenen Sachen oder habe ein anderweitiges rechtliches Interesse an der Erlangung derselben.[1]

---

[6] Wenn nach l. 6 pr. D. de lege Corn. de fals. (48; 10) (von Africanus) wegen eines testamentum non perfectum, z. B. non signatum, das Interdict nicht anwendbar sein soll, so muß diese Ansicht nach l. 1 §. 5 D. h. t. (von Ulpian) als antiquirt verworfen werden.

[7] Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 50.

[8] L. 1 §. 10 D. h. t. C. un. C. de tabulis exhibendis (8; 7). Der Testator selbst hat deshalb nicht unser Interdict, sondern u. A. die actio ad exhibendum. L. 3 §. 5 D. h. t.

[9] L. 5 D. h. t.

[1] L. 15 D. ad exh. (10; 4). Diese Stelle spricht nur vom Eigenthümer. Wenn aber z. B. ein Commodatar, Miether u. s. w. die commodirte oder gemiethete Sache auf dem Grundstück des Beklagten vergraben haben, wird ihnen nach Analogie der actio ad exhibendum auch unsere Klage zu gewähren sein. — Wie schon die l. 15 cit. ergibt, braucht es sich nicht um einen Schatz im engeren Sinne zu handeln, da ja diese Stelle einen bekannten Eigenthümer voraussetzt, während beim Schatz im engeren Sinne ein unbekannter Eigenthümer erforderlich ist. — §. 39 J. de rer. div. (2; 1); l. 31 §. 1 D. de acq. rer. dom. (41; 1). — Es braucht sich auch nicht gerade um werthvolle Sachen zu handeln, wofür ich freilich eine specielle Belegstelle nicht angeben, sondern mich nur auf die Analogie und die Natur der Sache stützen kann. — Wenn es sich um einen wirklichen Schatz handelt, kann von unserem Rechtsmittel keine Rede sein, so lange derselbe noch nicht von Jemandem

2) Dieselben befänden sich auf des Beklagten Grundstück oder Beklagter habe die Möglichkeit, den Kläger zu befriedigen, doloser Weise beseitigt.

3) Der Gegenstand der Klage sei die Gestattung der Nachgrabung und Fortschaffung der Sachen, bezw. die Leistung des Interesses.

4) Der Grund der Klage sei das rechtliche Interesse des Klägers an dem Ausgraben und Fortschaffen der auf des Beklagten Grundstück vergrabenen Sachen[2], bezw. außerdem der Dolus des Beklagten.

5) Der Antrag gehe auf Verurtheilung des Beklagten dahin, dem Kläger die Nachgrabung und Fortschaffung der fraglichen Sachen zu gestatten, bezw. das Interesse zu leisten.

§. 342.
t. Interdictum de migrando.[1]

Es ist zu behaupten:

1) Kläger habe eine Wohnung (habitatio) gemiethet oder auch ohne

---

gefunden ist. Dem Finder, welcher den gefundenen Schatz noch nicht gehoben hat, würde aber selbiges nicht zu versagen sein.

[2] Durch das Vergraben und durch die in Folge dessen veranlaßte Unkunde des Beklagten sammt dem somit vorliegenden Mangel der facultas exhibendi war schon die actio ad exhibendum ausgeschlossen. Aber auch abgesehen hiervon hätte doch diese Klage nur anwendbar sein können, wenn Beklagter etwas positiv zu thun, nicht blos zu dulden gehabt hätte. Die Kunde allein kann ihn noch nicht zu einem solchen Thun verpflichten. Sind bewegliche Sachen in Folge Ueberschwemmung, Einsturzes u. s. w. auf ein fremdes Grundstück gerathen, so kann klagen:

a) der Eigenthümer des Grundstücks mit einem interdictum auf Wegnahme oder völlige Dereliction, also blos auf Wegnahme, wenn schon etwas fortgenommen ist (l. 7 §. 2 D. de damno inf. [39; 2]);

b) der Eigenthümer der beweglichen Sachen mit einem interdictum auf Gestattung der Wegnahme gegen cautio damni infecti und praeteriti (l. 9 §. 1—3 D. [39; 2]).

Bedarf es dazu einer Thätigkeit des Beklagten, z. B. der Auslieferung eines Schlüssels oder der Oeffnung eines Thors, oder hat der Grundeigenthümer die Sachen etwa irgendwo untergebracht, so kann auch die actio ad exhibendum angestellt werden. Auf Fälle der letzteren Art sind die §. 3—5 der l. 5 und l. 9 §. 1 D. ad exh. zu beziehen. Wenn v. Vangerow a. a. O. §. 707, Wächter, Pandekten §. 319 und Andere die actio ad exhibendum auch dann für anwendbar halten, wenn Beklagter nicht etwas thun, sondern blos dulden soll, so kann ich diese Ansicht nicht theilen. Das bloße non prohibere ist kein exhibere. Es könnten, wenn jene Ansicht richtig wäre, die interdicta de glande legenda, de thesauro u. s. w. auch exhibitorische genannt werden. Sie wären dann sammt dem prohibitorischen Interdict der l. 9 §. 1 D. (39; 2) überhaupt ganz überflüssig.

[1] Weil auch eine extraordinaria cognitio anwendbar war, kam dieses Interdict nach Röm. Recht nicht häufig vor. L. 1 §. 2 D. de migrando (43; 32).

Gegenleistung bewohnt, indem im letzteren Falle das Interdict utiliter anwendbar ist.[2] Ein colonus hat dies Interdict nicht.[3]

2) Beklagter habe dem Kläger die Wohnung vermiethet oder umsonst eingeräumt.[4]

3) Es handle sich um Gestattung der Fortschaffung der eingebrachten Sachen.

4) Kläger habe die in Anspruch genommenen Sachen eingebracht oder sie seien in der Wohnung für ihn entstanden[5], mögen es seine eigenen oder fremde, z. B. commodirte, deponirte oder gemiethete sein[6]; er wolle jetzt mit den Sachen abziehen; dem Beklagten stehe nicht an diesen Sachen ein Pfand- oder Retentionsrecht zu, sei es, daß er nie ein solches gehabt habe oder daß es durch Berichtigung des Miethgeldes und sonstiger Ansprüche oder durch genügende Sicherheitsleistung, sofern es sich um noch nicht fällige oder bestrittene Ansprüche handelt[7], oder durch Oblation der Zahlung, bezw. der Sicherheitsleistung beseitigt sei; und Beklagter wolle dem Kläger die Fortschaffung der Sachen nicht erlauben.

5) Somit werde beantragt, den Beklagten zu verurtheilen, dem abziehenden Kläger die Fortschaffung der Sachen zu gestatten.

§. 343.

u. Actio de tigno juncto.

Begründung:

1) Kläger sei als Eigenthümer oder gutgläubiger Besitzer[1] des Materials, welches in ein fremdes Gebäude oder einen fremden Boden verbaut oder zu Weinpfählen s. w. d. a. verwandt worden, activ zur Sache legitimirt.

2) Beklagter sei als der, welcher die Verbindung vorgenommen habe[2], passiv zur Sache legitimirt.

---

[2] L. 1 §. 3 D. h. t.

[3] L. 1 §. 1 D. h. t.

[4] L. 1 §. 1 und 3 D. h. t.

[5] L. 1 pr. D. h. t.

[6] L. 2 D. h. t.

[7] L. 1 pr. §. 4 und 5 D. h. t.

[1] Da die act. de tigno juncto ein Ersatz der Vindication ist, muß auch der gutgläubige Besitzer sie haben.

[2] L. 1 pr. D. de tigno juncto (47; 3). Schmidt, Klagen und Einreden, 7. Ausgabe, §. 1174. Wenn §. 29 J. de rer. div. (2; 1) den Eigenthümer des Bodens haften läßt, so ist dies wohl nur ein ungenauer Ausdruck. Ungeachtet der l. 1 pr. D. h. t. dürfte mehr eine bloße gesetzliche Vorschrift als eine Widerrechtlichkeit der Grund der Haftpflicht sein, weshalb unsere Klage auch erst hier berührt wird.

3) Die Klage gehe auf Zahlung des doppelten Werths des Materials.[3]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter bona oder mala fide[4] das Material verbaut, bezw. die Weinpfähle verwandt habe und die Verbindung noch fortdauere.[5]

5) Der Antrag sei auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des doppelten Werths gerichtet.

---

[3] Auch im Concurse des Grundeigenthümers kann nicht Trennung verlangt werden. Sie ist nach l. 1 pr. D. h. t. übrigens gar nicht zulässig. Sonst würde auch Beklagter sich durch Trennung und Herausgabe befreien können. Auch würde sonst wohl jeder Besitzer oder Detentor, wenigstens jeder Eigenthümer, haften.

[4] Im Falle der mala fides ist auch die actio ad exhibendum auf Grund eines fingirten Besitzes auf Schadensersatz anwendbar. L. 23 §. 6 D. de R. V. (6; 1). Die eine Klage schließt in diesem Falle des fingirten Besitzes die andere nicht aus, sofern die zuletzt erhobene auf ein Mehr geht.

[5] Es brauchen keine tigna furtiva zu sein. L. 1 und 2 D. h. t. (47; 3) und l. 63 D. de don. i. v. e. u. (24; 1) beziehen sich nur auf den gewöhnlichen Fall. Daß tigna furtiva nicht nothwendig sind, ergibt sich aus §. 29 J. de rer. div. (2; 1) in Verbindung mit l. 2 D. h. t. Denn §. 29 gestattet nach der Trennung die Vindication nur dann, wenn das Doppelte noch nicht gezahlt ist; l. 2 aber beim tignum furtivum ohne Ausnahme. Also kann tignum furtivum nicht nothwendig sein, was sich aus dem Grunde des Gesetzes auch schon von selbst ergibt. Denn wenn nicht einmal tignum furtivum getrennt werden darf, muß dies vom tignum non furtivum um so mehr gelten. Ist aber eine Trennung überall verboten, so muß auch für alle Fälle eine Entschädigungsklage gegeben sein. Es gibt aber keine andere allgemeine solche Klage, als die act. de tigno juncto. Von einer condictio sine causa oder einer Bereicherungsklage enthalten die Quellen keine Spur, wie denn auch deren Voraussetzungen hier fehlen.

Als tignum junctum im Sinne der act. de tigno juncto kann das nur zu vorübergehenden Zwecken Verbundene nicht angesehen werden.

Die actio ad exhibendum auf Trennung ist im Interesse der Gebäude und des Weinbaues gegen die Regel, indem eine das Eigenthum aufhebende, integrirende Verbindung überall nicht vorliegt, ausgeschlossen. Ist später doch getrennt, mag inzwischen das Ganze ersessen sein oder nicht — l. 23 §. 7 D. de R. V. (6; 1); l. 7 §. 11 D. de acq. rer. dom. (41; 1) —, so kann die rei vindicatio oder actio ad exhibendum angestellt werden, sofern das duplum noch nicht gezahlt ist oder es sich um tignum furtivum von Seiten des Zahlenden handelte. L. 1 und 2 D. h. t. §. 29 J. de rer. div. (2; 1). L. 23 §. 6 und 7 D. de R. V. (6; 1). C. 2 C. de R. V. (3; 32). Vgl. auch Sell, Römische Lehre des Eigenthums, 2. Auflage (Bonn 1852), S. 23—25. Die Zahlung des Doppelten gibt dem Zahlenden im Fall seiner bona fides als Käufer das Eigenthum. War er der Dieb, dann kann er, falls er nach der Trennung mit der Vindication belangt wird, die Einrede, daß das Gezahlte restituirt werden müsse, vorschützen. Vgl. l. 17 §. 5 D. comm. v. contra (13; 6), l. 9 §. 1 D. de furtis (47; 2).

§. 344.

v. Interdictum de glande legenda.[1]

Zur Begründung ist zu behaupten: daß

1) Kläger Eigenthümer der Früchte sei oder ein dingliches Recht an denselben oder einen persönlichen Anspruch auf dieselben habe[2];

2) Beklagter Eigenthümer des Grund und Bodens, auf welchen sie gefallen sind, sei oder anderweitig die Möglichkeit habe, dem Kläger den Zutritt zu dem Grund und Boden zu gewähren;

3) Beklagter schuldig sei, den Kläger die Früchte an jedem dritten Tage[3] auflesen und wegnehmen zu lassen;

4) weil die bezeichneten Früchte auf diesen Grund und Boden gefallen seien, der klagende Nichteigenthümer, sofern er nicht in Ansehung der Erhebung von Klagen des Eigenthümers diesem allgemein gleichgestellt ist, auch ein rechtliches Interesse an der Erlangung der Früchte habe;

5) daß demnach gebeten werde, dem Beklagten den Befehl ertheilen zu wollen, den Kläger die Früchte an jedem dritten Tag auflesen und wegnehmen zu lassen.

Es braucht nicht behauptet zu werden,

a) daß Beklagter vergeblich außergerichtlich angehalten sei, den Kläger klaglos zu stellen, da, wenn dies nicht geschehen ist und Beklagter solches geltend macht und erklärt, den Kläger nicht hindern zu wollen, er doch, freilich der Regel nach unter Belastung des Klägers mit den Proceßkosten, zu verurtheilen ist;

b) daß Kläger eine cautio damni infecti geleistet oder angeboten

---

[1] Tit. D. de glande legenda (43; 28). Vgl. l. 236 §. 1 D. de V. S. (50; 16): „Glandis appellatione omnis fructus continetur, ut Javolenus ait, exemplo graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρυα appellantur." Particularrechtlich hat der Eigenthümer des Bodens, auf welchen die Früchte gefallen sind, oft ein Recht, dieselben sich anzueignen und zu behalten. In diesem Falle ist das vorliegende Interdict nicht anwendbar. Vgl. auch Schl.-Holst. A. v. 1873, S. 5.

[2] Nach der l. 1 D. h. t. ist allerdings nur der Eigenthümer activ zur Sache legitimirt. Indessen dürfte doch die Analogie der actio ad exhibendum anwendbar sein.

[3] Das quellenmäßige tertio quoque die heißt: an jedem dritten Tage mit einem Zwischenraum von 2 Tagen; nicht: einen Tag um den anderen mit dem Zwischenraum Eines Tages und nicht: auch noch am dritten Tage. Vgl. Sell a. a. O. S. 27. Nur ausnahmsweise wird tertio quoque die für alternis diebus gebraucht. L. 1 §. 22 D. de aqua quot. et aest. (43; 20).

habe, weil die Einrede der fehlenden Caution noch durch die Replik beseitigt werden könnte, daß sie jetzt angeboten werde.

Wenn Kläger ohne die Beschränkung „tertio quoque die" geklagt hätte, dürfte die Klage auch nicht abgewiesen werden, sondern es müßte nur die Verurtheilung ohne Weiteres, auch ohne Einrede, jene gesetzliche Beschränkung mitenthalten, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, soweit solche durch die Zuvielforderung veranlaßt sein sollten.[4]

§. 345.
w. Interdictum de arboribus caedendis.

Es muß behauptet werden:

1) daß Kläger Eigenthümer eines Grundstücks sei oder ein solches dingliches Recht an demselben habe, welches zur Anstellung der ursprünglich dem Eigenthümer gegebenen Klagen berechtige; oder Usus-fructuarius sei[1];

2) daß Beklagter Eigenthümer eines an der Gränze stehenden Baumes sei;

3) daß Beklagter verpflichtet sei, es zu dulden, daß Kläger den über sein Haus hinragenden Baum (auch Weinstock) ganz (a stirpe)[2], bezw. die bis zu 15 Fuß von der Erde entfernten[3], in den Luftraum des Klägers hineinragenden Zweige selbst abhaue und wegnehme[4];

---

[4] Anstatt dieses Interdicts oder zur Vorbereitung desselben muß, sofern Beklagter zu irgend einer Thätigkeit, im Gegensatz gegen das bloße Nichthindern, verbunden ist, wie zum Oeffnen einer verschlossenen Thür, zur Herausgabe der aufgesammelten Früchte u. d. m., die actio ad exhibendum oder eine andere Klage angestellt werden. L. 9 §. 1 D. ad exh. (10; 4).

[1] L. 1 pr. §. 4 D. de arboribus caedendis (43; 27). Miteigenthümer haben das Interdict solidarisch. L. 1 §. 5 D. h. t.

[2] L. 1 §. 2, 3 und 9 D. h. t.

[3] Vgl. Sell a. a. O. S. 27 und 28.

[4] Kläger hat das Recht zur Wegnahme als Entschädigung für den ihm bisher durch den Baum und die Zweige zugefügten Schaden, dafür, daß sein Luftraum jene mit großgezogen hat und für die Kosten des Kappens. Er hat also nicht blos bis zur Erstattung seiner Kosten ein Zurückbehaltungsrecht an den abgehauenen Bäumen und Zweigen. Wenn der Baum durch Wind oder andere Umstände in den Luftraum des Nachbars hineingeschoben ist, so hat letzterer schon nach dem Gesetz der 12 Tafeln die actio negatoria. L. 2 D. h. t. Diese actio negatoria findet gleichfalls wegen der in das Erdreich des Klägers sich erstreckenden Wurzeln Statt (l. 6 §. 1 D. arb. furt. caes. [47; 7]); auch wohl wegen der mehr als 15 Fuß von der Erde entfernten Zweige, wenn sie besonders nachtheilig sind.

Daß in Ansehung der durch Wind u. s. w. in den Luftraum geschobenen Bäume und der nicht so leicht wahrnehmbaren Wurzeln die actio negatoria, wie

4) daß der Baum mit seinen Zweigen über das Haus des Klägers hinrage; bezw. des Baumes Zweige in den Luftraum des Klägers bis zu 15 Fuß von der Erde an sich hineinerstrecken;

daß Beklagter vergeblich vom Kläger aufgefordert sei, den Baum, bezw. die Zweige wegzunehmen;

5) daß demnach gebeten werde, den Beklagten zu verurtheilen, es zu dulden, daß Kläger den Baum, bezw. die bezeichneten Zweige abhaue und wegnehme.

§. 346.

x. Actio in factum, quanto quis locupletior factus est.[1]

Zur Begründung ist Folgendes hervorzuheben:

1) die Activlegitimation des Klägers, d. i. des Beschädigten;

2) die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. des Bereicherten;

---

gewöhnlich, stattfindet, ist natürlich. In den im Text angegebenen Fällen ist sie ausgeschlossen, weil man durch sein langes Schweigen sich die regelmäßige Klage selbst entzogen hat. Deshalb mag man sich nun auch selbst der Mühe des Kappens unterziehen, falls Beklagter vielleicht mit Rücksicht auf den unbedeutenden Werth des Gekappten dies nicht will. Wenn die mehr als 15 Fuß von der Erde entfernten Zweige besonders nachtheilig sind, etwa wegen eines Umbaues, dann dürfte Abhülfe nothwendig sein. In diesem Falle muß es aber bei der regelmäßigen Klage, d. i. der actio negatoria, sein Bewenden behalten. Wegen der Wurzeln ist übrigens auch das int. de arboribus caedendis nach der c. 1 C. de interd. (8; 1) anwendbar. Das angedeutete, bisher, wie mir scheint, nicht genügend berücksichtigte Verhältniß der actio negatoria zum int. de arboribus caedendis kann ich hier nicht weiter ausführen.

[1] a) L. 6 pr. D. de off. praes. (1; 18). L. 14 D. de cond. ind. (12; 6). L. 6 §. 2 D. de J. D. (23; 3). L. 13 D. de reb. eor. (27; 9). L. 206 D. de R. J. (50; 17). Reg. 48 i. Sto. de R. J. (5; 13). Mot. zu §. 834 der C. P. O. in den Worten „In solchen Fällen trägt das Ausschlußurtheil in sich keine Nullität; es muß ebenso wie die auf Grund desselben neu gefertigte Urkunde aufrecht erhalten und der Geschädigte auf den Weg der Schadens- resp. Bereicherungsklage verwiesen bleiben." Diese Citate enthalten im Allgemeinen den Grundsatz, daß die grundlose Bereicherung zum Schaden eines Anderen herauszugeben sei.

b) Ueber einzelne Fälle der anwendbaren act. in factum vgl. l. 23 §. 5 D. de R. V. (6; 1); l. 52 D. (6; 1); l. 1 §. 48, l. 3 §. 18 D. de vi (43; 16); l. 5 §. 4 D. de his, qui eff. v. dej. (9; 3).

c) L. 23 D. de R. C. (12; 1) und l. 17 §. 5 D. de inst. act. (14; 3) sprechen von einer cond.

d) L. 3 pr. D. comm. v. contra (13; 6) bezeichnet die Klage als act. utilis. Vgl. auch l. 1 pr., l. 5 pr. §. 1 D. de auct. et cons. tut. et cur. (26; 8); l. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3; 5).

3) der Gegenstand, welcher sich aus der Bereicherung ergibt;

4) der Grund der Klage, welcher darin besteht, daß

a) auf Seiten des Klägers eine Beschädigung (ein positiver Schaden[2], wenn nicht der negative ausdrücklich als genügend bezeichnet ist oder unter den obwaltenden Umständen der Natur der Sache nach als genügend erscheint[3]) vorliegt,

b) auf Seiten des Beklagten eine Bereicherung[4] vorhanden ist,

c) diese Bereicherung als eine grundlose[5] erscheint,

d) die Bereicherung und der Schaden in ursachlichem Verhältniß zu einander stehen[6],

e) eine bestimmte andere Klage nicht begründet ist, es möchte denn besonders auch unsere Klage zugelassen sein[7],

---

e) L. 17 §. 4 D. de inst. act. (14; 3) gestattet die gewöhnliche Klage mit einer Replik der Bereicherung gegen eine Exception.

f) C. 12 §. 1 C. de P. H. (3; 31) nennt die act. negotiorum gestorum (contraria) oder eine ex lege cond.

g) Von einzelnen Klagen ohne nähere Bezeichnung derselben handeln die §§. 143, 252, 291, 319 unter 7, 329 dieses Buchs; l. 1 §. 5 D. si ventr. nom. (25; 5); c. 19 C. de proc. (2; 12); das Bankgesetz vom 14. März 1875 §. 4; die K. O. §§. 6 und 31. Vgl. auch Witte, die Bereicherungsklagen (Halle 1852) und ferner oben §. 15 Note 22—26 und 56, §. 47 Note 3, §. 63 Note 41 und §. 257 Note 8.

[2] E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 59.

[3] Vgl. oben §. 291 Note 2.

[4] In dem Erwerbe eines Pfandes oder einer sonstigen Sicherheit ohne Gegenleistung kann nie eine Bereicherung des Gläubigers gefunden werden. Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 71.

[5] In Betreff der Grundlosigkeit ist in den Quellen ein Princip nicht aufgestellt. Ich kann deshalb auch keine Formel dafür angeben, muß vielmehr die Entscheidung darüber, ob eine Grundlosigkeit vorliege, in jedem einzelnen Fall den Umständen nach dem Ermessen des Gerichts anheimgeben. Da der gutgläubige Besitzer das Eigenthum an den getrennten Früchten pro cura et cultura erwirbt, so würde im Fall einer Consumtion schon wegen Mangels einer Grundlosigkeit eine Bereicherungsklage ausgeschlossen sein. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 278. Wenn ein neues Flußbett in Folge einer ferneren Aenderung des Laufs des Flusses den Anliegern zugefallen ist, würde unsere Klage von Seiten der früheren Eigenthümer nicht angestellt werden können, weil ich weder eine grundlose Bereicherung, noch einen genügenden ursachlichen Zusammenhang annehmen kann. Ebensowenig würde die Klage sonst beim alveus derelictus zu Gunsten der früheren Eigenthümer des neuen Flußbetts oder bei einer Avulsion anwendbar sein. Im Fall der l. 10 D. de vi (43; 16) liegt gleichfalls keine grundlose Bereicherung des Eigenthümers vor.

[6] E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 59.

[7] Unsere Klage ist nicht gerade subsidiär. Da sie aber nirgends allgemein für anwendbar erklärt ist, kann ich sie dann nicht für zulässig halten, wenn eine bestimmte andere Klage für begründet erklärt ist, sie möchte denn ausdrücklich auch

f) die Bereicherung der Regel nach und der Schaden zur Zeit der Klagerhebung noch vorhanden sind[8];

5) der Antrag, welcher auf Verurtheilung zur Zahlung der Bereicherung zu richten ist.

Die Einrede, daß Kläger seinen Schaden selbst verschuldet habe, kann ich nicht für begründet halten. Der allerdings quellenmäßige Satz: „Damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare"[9] ist zu vage. In den Citaten der Note 1 findet sich nirgends eine Spur davon, daß Kläger wegen eigenen Verschuldens sein Recht verlieren solle. Nur im Fall eines Dolus[10] oder eines Verzichts wäre eine Einrede gerechtfertigt. Abgesehen hiervon halte ich es daher auch für gleichgültig, ob durch eine eigene Handlung des Klägers, (z. B. sein Säen, Pflanzen u. d. m.) oder durch eine Handlung des Beklagten (dessen Specification, Adjunction u. s. w.) oder durch die Handlung eines Dritten oder durch sonstige Umstände der Schaden veranlaßt ist. Am meisten Bedenken erregt eine eigene, nicht durch die Umstände gebotene oder doch als rathsam sich ergebende Handlung des Klägers. Man möchte dabei nach Analogie der condictio indebiti oder der in integrum restitutio ein Verschulden des Klägers zur Ausschließung unserer Klage für ausreichend ansehen. Indessen haben wir es doch bei der condictio inde-

---

zugelassen sein. Ist nun aber eine bestimmte andere Klage nicht für begründet erklärt, so halte ich sie für anwendbar, einerlei, ob ausdrücklich eine Bereicherungsklage zugelassen ist (Note 1 g) oder nicht (Note 1 a); es müßte denn eine Klage verworfen sein, wie nach §. 4 Abs. 3 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 die Bank für vernichtete oder verlorene Noten Ersatz zu leisten nicht verpflichtet ist. Ich glaube aber, daß man auch in Gemäßheit der Note 1 c—f, anstatt der act. in factum der Regel nach eine cond. sine causa, oder unter Umständen eine act. utilis oder die gewöhnliche Klage mit der Replik der Bereicherung oder die act. negotiorum gestorum oder eine cond. ex lege anstellen könnte. Die in dieser Note aufgestellte Ansicht über die allgemeine Zulässigkeit der Bereicherungsklage ist übrigens nicht die herrschende. Vgl. Gruchot, Beiträge, XX. Jahrgang (Berlin 1876), S. 641 fg.

[8] Vgl. über Modificationen bis zum Urtheil hin, Beweis und Gegenbeweis oben §. 15 Note 56. Die vorliegende Klage kann ausnahmsweise auch eine Bereicherungsklage im weiteren Sinne sein, so daß zu deren Fundirung nicht gerade eine zur Zeit der Klagerhebung noch vorhandene, sondern auch eine früher zugegangene Bereicherung zu behaupten wäre. Wann solches der Fall sei, würde wieder dem Ermessen des Gerichts zu überlassen sein, indem sich eine Formel dafür ebenfalls nicht aufstellen läßt. Vgl. auch Busch a. a. O. 33. B. S. 266—267.

[9] Reg. 86 i. Sto de R. J. (5; 13).

[10] Vgl. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 33. Die dortige Entscheidung halte ich für richtig, weil dem Kläger ein Dolus zur Last gelegt werden konnte.

biti mit einer ganz eigenthümlichen Handlung des Klägers und bei der Restitution mit einem ganz außerordentlichen Rechtsmittel, abgesehen von anderen Verschiedenheiten, zu thun.

§. 347.

γ. Die actiones restitutoria und institutoria im Falle der Intercession von Seiten einer Frau.

Zur Begründung ist anzugeben:

1) daß Kläger als der Gläubiger, in Beziehung auf welchen eine Frau intercedirt habe[1], activ zur Sache legitimirt sei;

2) daß Beklagter als befreiter früherer oder künftiger Schuldner oder dessen Bürge[2] passiv zur Sache legitimirt sei[3];

3) daß auf Leistung desjenigen, was Kläger zu seiner wirklichen Befriedigung zu fordern habe, geklagt werde;

4) weil eine Frau intercedirt habe[4]; diese Intercession mittels der

---

[1] L. 8 §. 11 D. ad S. C. Vell. (16; 1).

[2] L. 14 D. eod. l. In Betreff des Pfandrechts, welches mit der durch die Intercession aufgehobenen früheren Schuld verbunden war, bedarf es nach dem Röm. Grundsatz, daß das Pfand nur in Folge wirklicher Befriedigung wegfalle, nicht einer act. restitutoria, indem die actio hypothecaria ohne Weiteres anwendbar ist. L. 13 §. 1 D. eod. l. Auf die s. g. act. institutoria kann dies nicht bezogen werden.

[3] Von mehreren Correalschuldnern ist auch derjenige passiv legitimirt, in Beziehung auf welchen nicht intercedirt ist. L. 20 D. eod. l.

[4] Es liegt keine unverbindliche Intercession „in der Uebernahme der Schuld eines Dritten von Seiten einer Frauensperson, welche nicht bloß das Interesse dieses Dritten, sondern auch Abwendung ihr selbst drohender Nachtheile bezweckte". Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 30. C. 13 C. ad S. C. Vell. (4; 29).

In der Uebernahme einer Wechselverbindlichkeit soll nie eine Intercession enthalten sein, selbst dann nicht, wenn sie in Wirklichkeit zur Uebernahme einer fremden Schuld geschehen sein sollte, weil sie der Zahlung gleich zu behandeln wäre und daher nie als eigentliche Uebernahme rechtlich betrachtet werden könnte. Matthiae a. a. O. I. 1. S. 408—411. Diese Ansicht muß jedoch als eine nicht genügend begründete verworfen werden. Vgl. E. d. R. O. H. G. 14. B. Nr. 45.

Ferner ist die Vorschrift der Nov. 134 c. 8: „si quae mulier in instrumento crediti viro suo consentiat, aut subscribat, et substantiam suam vel etiam se ipsam obligaverit, — nequaquam id valere —, nisi manifeste probetur, quod pecunia in utilitatem mulieris versa sit", d. h. „die neben ihrem Manne sich verpflichtende Frau soll nur haften, soweit ein versum in rem bewiesen wird, mag sie äußerlich als Intercedentin erscheinen oder nicht", noch geltend. Das Besondere liegt darin, daß eine Intercession bis zum Beweise einer Version auch dann, wenn eine solche Intercession äußerlich nicht erkennbar ist, angenommen,

exceptio S. C. Vellejani anfechtbar sei[5]; Beklagter dadurch unmittelbar oder mittelbar (z. B. durch eine vorhergehende Acceptilation, die aber ohne die Intercession unterblieben sein würde[6]), liberirt worden, mag er schon Schuldner gewesen sein (actio restitutoria oder rescissoria)[7] oder nicht, aber es ohne Intercession haben werden müssen (s. g. actio institutoria)[8] und Kläger als der bezügliche Gläubiger sonst das Beanspruchte vom Beklagten zu fordern gehabt habe;

5) daß demnach beantragt werde, Beklagten zur Leistung des bezeichneten Gegenstandes an den Kläger zu verurtheilen.

§. 348.

z. Die Klage auf Ertheilung einer Quittung.

Es ist hervorzuheben:

1) Kläger sei als derjenige, welcher erfüllt habe[1], activ,

---

und zwar rechtlich vermuthet wird. A. M. Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen (Weimar 1866), S. 237—239. Seine Ansicht, daß das c. 8 der Nov. nichts Besonderes enthalte, wird schon durch das im Eingang des c. 8 gebrauchte Wort „corrigere" widerlegt. Es handelt sich bei unserer Vorschrift nicht um eine processualische, sondern um eine materielle Bestimmung. Demnach ist sie nicht durch die C. P. O. nebst dem E. G. dazu beseitigt, sondern vielmehr durch §. 16 unter 1 des E. G. bestätigt.

Desgl. sind die erweislich in fraudem S. C. vorgenommenen Geschäfte anfechtbar. L. 29 §. 1 D. (16; 1).

Es ist aber das S. C. Vellejanum nicht anwendbar, wenn der Gläubiger sich in Ansehung der fraus in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat. Wenn nach der c. 13 C. ad S. C. Vell. (4; 29) auch die Wissenschaft des Gläubigers die Anwendbarkeit des S. C. nicht begründen kann, so ist zu beachten, daß die c. 13 sich gar nicht auf einen solchen Fall bezieht, in welchem eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist. Vgl. Matthiae a. a. O. I. 1. S. 401.

[5] Die Nativität unserer Klage tritt vom Augenblick der Intercession an, nicht erst seit der Geltendmachung der exceptio S. C. Vellejani ein. L. 24 §. 2 D. eod. l.

[6] L. 8 §. 7 D. eod. l.

[7] C. 8 C. eod. tit.

[8] L. 1 §. 2, l. 8 §. 1, 2 und 14 D. eod. tit. Vgl. Busch a. a. O. 32. B. S. 311. Die dort aufgestellte Behauptung: „Voraussetzung ist dabei (nämlich bei der s. g. intercessio tacita), daß dem Gläubiger der Zweck des sich Verpflichtenden bekannt ist (E. des R. O. H. G. XIV, S. 145)", kann nur für den Fall als richtig anerkannt werden, wenn gegen den Willen des Gläubigers die intercessio tacita geltend gemacht wird. Dagegen würde dies, während der Gläubiger seine Unkunde nicht geltend machen will, der von ihm mit der act. institutoria belangte Dritte nicht mit Erfolg rügen können.

[1] Ist ein trassirter und girirter Wechsel theils von einem Vormann des Wechsel-

2) Beklagter als Empfänger passiv zur Sache legitimirt.

3) Die Klage sei auf Ertheilung einer schriftlichen eigenhändigen Quittung, einer einfachen oder einer näher anzugebenden qualificirten (z. B. einer auf den Wechsel zu schreibenden, einer notariellen oder gerichtlichen, eines Löschungsscheines u. d. m.), gerichtet.

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Kläger dem Beklagten geleistet oder wegen grundloser Verweigerung der Annahme gerichtlich oder in sonst gesetzlicher Weise hinterlegt habe[2] und die Ertheilung einer Quittung, bezw. einer qualificirten entweder gesetzlich vorgeschrieben[3] oder nothwendig oder vereinbart sei oder sonst im rechtlichen Interesse des Klägers liege.

Ist die Quittung gesetzlich[4] vorgeschrieben, so brauchen in der Klage natürlich nur die Thatsachen, durch welche die Anwendbarkeit des Gesetzes bedingt ist, angegeben zu werden. Nothwendig kann sie sein, wenn z. B. ohne solche die Löschung eines bezahlten Hypothekenpostens nicht geschehen könnte oder weil die Quittung anderweitig vorgezeigt werden muß, wie vom Emphyteuta an den Eigenthümer über die Zahlung öffentlicher Abgaben bei Vermeidung einer Privation.[5] Ein sonstiges rechtliches Interesse, eine Quittung zu erhalten, wird selten vorliegen, weil die erweisliche Feststellung der Erfüllung der Regel nach genügen wird. Hierauf kann in Gemäßheit der C. P. O. §. 231 geklagt werden, freilich wohl erst dann, wenn die Ertheilung einer Quittung verweigert ist, da ohne

---

inhabers, theils vom Acceptanten bezahlt, so ist ersterer allein legitimirt, die Aushändigung des quittirten Wechsels zu verlangen. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 16. Ueber die Eigenhändigkeit s. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 22.

[2] Dagegen kann eingewandt werden, daß die Zahlung nicht in gesetzlicher Weise angeboten sei, z. B. es seien Reichssilbermünzen im Betrage von mehr als 20 Mark angeboten, was gegen das Münzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 9 verstoße und den Beklagten auch berechtigt habe, nicht einmal 20 Mark als unstatthafte Theilzahlung anzunehmen. Vgl. l. 41 §. 1 D. de usur. (22; 1).

[3] Aus der beiläufigen Aeußerung in c. 18 C. de test. (4; 20) über eine Quittung (vel securitatem in scriptis capiant) läßt sich eine gesetzliche Vorschrift nicht ableiten, weil diese Stelle gar nicht an eine nachträgliche Klage auf Ertheilung einer Quittung denkt, sondern daran, daß bei der Zahlung eine solche verlangt werden könne.

[4] Z. B. im Wechselrecht nach Art. 39 der W. O. oder im §. 39 der S. O., wonach in dem vom Schiffer angelegten Abrechnungsbuch der Schiffsmann über den Empfang jeder Zahlung zu quittiren hat.

Vgl. auch C. P. O. §. 677; H. G. B. Art. 303, 418, 652, 689.

Wird auf Aushändigung des quittirten Wechsels geklagt, so braucht Kläger nicht zu behaupten, daß der Zahlungsempfänger den Wechsel noch besitze. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 16.

[5] C. 2 C. de jure emph. (4; 66).

solche Verweigerung es noch an dem rechtlichen Interesse, die Anerkennungsklage anzustellen, fehlen würde.[6]

5) Der Antrag sei auf Verurtheilung zur Ertheilung der Quittung gerichtet.

Die mit Ertheilung einer Quittung etwa verbundenen Kosten, z. B. die Kosten einer nothwendigen Stempelung oder einer nothwendigen oder verlangten Beglaubigung, sind im Zweifel vom Kläger als Antragsteller zu tragen.

Demnach kann Beklagter excipiren, daß Kläger diese Kosten noch nicht berichtigt, auch keine Sicherheit deshalb geleistet habe. Dagegen wäre zu repliciren, daß Kläger zur Zahlung der Kosten, den Umständen nach auch zur Leistung einer Sicherheit bereit sei.

Verschieden von der vorliegenden, sich namentlich auf Erfüllung stützenden Klage ist die lediglich auf Vereinbarung oder Vermächtniß gegründete Klage. Dadurch kann nämlich angeordnet sein, daß ohne Erfüllung, als ob erfüllt sei, eine Quittung als Dispositivacte (im Gegensatz gegen Beweismittel) ertheilt werden solle. Zur Begründung dieser Klage (einer Klage aus dem Vertrage oder einer actio ex testamento) würde insbesondere der bezügliche Vertrag (unter Umständen ein Schenkungsvertrag) oder die bezügliche letztwillige Anordnung näher hervorzuheben sein.

Sechste Abtheilung.

Das Proceßrecht.

§. 349.

Vorbemerkungen.

Als besondere processualische Klagen sind die in den folgenden §§. 350—369 behandelten zu betrachten.

Antiquirte Klagen dieser Art sind die actio confessoria wegen eines gerichtlichen Geständnisses sammt der actio interrogatoria und der Regel nach auch die actio judicati.

---

[6] Für das Handelsrecht nimmt Endemann a. a. O. §. 97 allgemein an, daß „über die geschehene Erfüllung, namentlich der Geldschuld — der Schuldner Empfangsbescheinigung oder Quittung verlangen" könne.

Jedoch in Nothfällen wird auch noch jetzt die actio judicati für zulässig anzusehen sein. Vgl. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 17, sowie u. A. l. 3 pr. D. de pign. (20; 1), l. 44 — in Verbindung mit l. 6 §. 1 D. de reb. a. j. p. s. v. (42; 5) — und 63 D. de re jud. (42; 1).[1]

Die Personen, für welche nach diesen Stellen das Urtheil verbindlich ist, sind keine Rechtsnachfolger des Verurtheilten. Also ist die C. P. O. §. 665 nicht anwendbar. Es muß demnach erst gegen sie die actio judicati angestellt werden. Uebrigens sind auch die in den §§. 361, 363 und 369 hervorgehobenen Klagen stets oder bezw. zum Theil actiones judicati.

§. 350.

A. Die Provocationsklagen.

a. Provocatio ex lege Diffamari.[1]

Die C. P. O. enthält keine Bestimmungen über die s. g. provocationes ad agendum, so daß die älteren Reichsgesetze (im Gegensatz gegen die des jetzigen Deutschen Reichs) sammt dem bezüglichen Gewohn-

---

[1] Vgl. auch l. 2 D. de separ. (42; 6) und c. 25 X. de sent. et re jud. (2; 27). Zur l. 2 D. (42; 6) bemerke ich, daß ein bona fide medio tempore per heredem gestum auch in einer ungünstigen Proceßführung bestehen könnte, die denn doch im Fall einer Separation anerkannt werden müßte.

[1] C. 5 C. de ingenuis manumissis (7; 14).

Diese Stelle, die Quelle der seit den Glossatoren wissenschaftlich angenommenen und gewohnheitsrechtlich sowie vor 1806 reichsgesetzlich bestätigten Provocation, enthält nicht eine solche, sondern ist von einer Präjudicialklage zu verstehen. Auch in der l. 18 §. 1 D. quod vi a. clam (43; 24) kann eine Ausnahme des Satzes: „Invitus agere vel accusare nemo cogatur" — l. 1 §. 3 D. de usur (22; 1);
l. 5 §. 6 D. de doli mali — exc. (44; 4);
l. 42, l. 156 §. 4 D. de R. J. (50; 17);
c. 6 pr. C. de temp. in int. rest. (2; 52);
c. un. C. ut nemo inv. a. v. a. c. (3; 7);
c. 4 C. de usur. pup. (5; 56);
c. 20 C. de pign. (8; 13); — nicht gefunden werden. Diese Stelle spricht nur von der Erwirkung einer Ladung dessen, von dem man eine operis novi nuntiatio befürchtet, behufs Abwendung derselben, etwa um eine gerichtliche Verfügung wegen Verbots der Ausübung des Verbietungsrechts zu erlangen. — Die prov. ex lege Diffamari nennt man auch wohl Diffamationsklage und die prov. ex lege Si contendat allein Provocationsklage. Vgl. Förster, Klage und Einrede nach preußischem Recht (Breslau 1857), §. 60. Gegen den ersteren Ausdruck ist nichts zu erinnern. Aber die ausschließliche Beziehung des zweiten auf die prov. ex lege Si contendat ist willkürlich.

heitsrecht, als materielles Recht, allein entscheidend sind. Wären die Provocationen subsidiär, so würde die provocatio ex lege Diffamari in Folge des §. 231 der C. P. O. freilich nicht statthaft sein. Sie sind aber nicht subsidiär. Von dem §. 231 der C. P. O. als Ersatz der provocatio ex lege Si contendat kann der Regel nach gar nicht die Rede sein; z. B. nicht in Betreff der Einreden der Theilung und Vorausklage. Demnach kann die in den Mot. zu §. 231 und §§. 823—850 betonte Ueberflüssigkeit und Entbehrlichkeit unserer Provocationen keineswegs völlig eingeräumt werden. Aufgehoben sind selbige durch die C. P. O. nicht. So äußern sich auch nicht die Mot. Die C. P. O. enthält darüber nur keine Bestimmungen. An eine dabei beabsichtigte stillschweigende Aufhebung ist doch nicht zu denken, weil die Zulässigkeit der Provocationen ex lege Diffamari und ex lege Si contendat an sich, abgesehen von dem dabei zu beobachtenden processualischen Verfahren, dem materiellen Recht angehört.[2] Eine Aufhebung scheint mir auch gar nicht empfehlungswerth zu sein.

Zur Begründung der provocatio ex lege Diffamari ist nun Folgendes zu behaupten:

1) In Betreff des zuständigen Gerichts ist zu beachten, daß der Diffamat seine Provocation in seinem eigenen Gerichtsstande anzubringen hat. Es sind die bezüglichen Angaben über die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts in der Klage zu machen.[3]

2) Kläger sei als Diffamat, d. i. als der, gegen welchen das vermeintliche Recht des Diffamanten gerichtet sei, activ zur Sache legitimirt. Bei Klagen gegen den Besitzer kann der besitzende Diffamant nicht provocirt werden.[4]

Die Erben des Diffamaten können auch provociren, es möchte denn in Folge des Todes der Streitpunkt in Ansehung der Hauptsache anerkanntermaßen hinfällig geworden sein.

3) Beklagter sei der Diffamant oder eventuelle künftige Kläger, nicht auch dessen Erbe.

---

[2] Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm (Leipzig 1877), S. 221 fg. A. M. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 231 unter 3, sowie viele Andere.

[3] K. G. O. v. 1555 II. tit. XXV. Diese Vorschrift über die Zuständigkeit ist freilich eine processualische, gilt also formell für den jetzigen Reichsproceß nicht mehr. Da sie aber mit der C. P. O., insbesondere ihren Bestimmungen über das forum connexitatis, übereinstimmt, ist daran festzuhalten. Vgl. auch noch Seuffert's Archiv 29. B. Nr. 287.

[4] Ist bei Servituten der angeblich Servitutberechtigte im Quasibesitz, so kann er nicht zur Erhebung der actio confessoria provocirt werden; er ist mit der actio negatoria zu belangen. Ist der Eigenthümer, welcher die Freiheit seines Eigenthums behauptet hat, im Besitz der Freiheit, so ist gegen ihn die Provocation unstatthaft, vielmehr die actio confessoria anzustellen.

4) Gerichtet sei die Provocation auf Erhebung der Klage innerhalb einer vom Richter zu bestimmenden Frist bei Strafe ewigen Stillschweigens.

5) Der Grund der Klage sei die Diffamation, das, wenn auch nicht öffentliche[5], doch dem Diffamaten erheblich nachtheilige und daher auch schon freiwillige[6] Behaupten persönlicher oder dinglicher[7] oder sonstiger genügend bestimmter[8] klagbarer Ansprüche gegen den Provocanten, welche Diffamation sofort bescheinigt (nach dem J. R. A. „etlicher maßen beygebracht und erwiesen") werden muß.[9] Ueberdies hat Provocant es in Abrede zu stellen, daß er verpflichtet sei. Es genügt auch, wenn der Diffamant sich nur eines bedingten oder betagten Anspruchs oder solcher Thatsachen, die einen Anspruch enthalten, z. B. der Hingabe eines Darlehns[10], berühmt hat. Wegen Verleumdungen ist die Provocationsklage (ad probandum) nicht zu gestatten. Subsidiarität ist, wie gesagt, nicht erforderlich.[11] Mit Rücksicht auf den angegebenen Begriff der den Diffa-

---

[5] H. A. v. 1862, S. 45. Andere verlangen eine Oeffentlichkeit. S. Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 166.

[6] Die erhebliche Nachtheiligkeit entspricht dem Interesse an alsbaldiger Feststellung des §. 231 der C. P. O. Wäre jene nicht nothwendig, so würde ein Unterschied zwischen der Provocation und der Feststellungsklage vorliegen. Mit Rücksicht auf die schwankende Praxis und Theorie, sowie mit Rücksicht auf die vielfachen Reactionen der früheren Reichsgesetzgebung gegen die Provocationen muß ich die erhebliche Nachtheiligkeit als Erforderniß für nothwendig halten. Vgl. Matthiae a. a. O. III. 1. S. 120—124; Gruchot, Beiträge, XVI. Jahrgang (Berlin 1872), S. 495—498. — Fehlt die Freiwilligkeit, erfolgte die Berühmung z. B. „bei gerichtlicher Vernehmung des Provocaten als Zeugen" — Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 89 —, so kann offenbar von einer erheblichen Benachtheiligung nicht mehr die Rede sein.

[7] E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 111.

[8] H. A. v. 1863, S. 9 fg. Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 89.

[9] K. G. O. v. 1555 II. tit. XXV. J. R. A. v. 1654 §. 83. Schmidt, Klagen und Einreden, 7. Ausgabe, §. 272. In Betreff einer Bescheinigung oder Glaubhaftmachung kommt jetzt der §. 266 der C. P. O. zur Anwendung. Im Uebrigen ist die Bescheinigung hier nur eine Bedingung der materiellen Berechtigung, mithin nicht durch die C. P. O. sammt dem E. G. dazu als aufgehoben zu betrachten.

[10] Seuffert's Archiv 30. B. Nr. 199.

[11] Viele sind a. M. Vgl. H. A. v. 1863, S. 9 fg.; Schl.-Holst. A. v. 1864, S. 296—299, v. 1869, S. 166 und 167, v. 1875, S. 43 und 44; Seuffert's Archiv 33. B. Nr. 86; E. d. R. O. H. G. 23. B. Nr. 111. S. dagegen v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, I. S. 166 und Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 77. Die Provocation ist ebensowenig als die Feststellungsklage subsidiär. Letztere ist auch dann anwendbar, wenn man eine andere Klage erheben könnte. Man muß nur ein rechtliches Interesse an alsbaldiger richterlicher Feststellung haben.

maten im Fall der Unwahrheit erheblich beschwerenden Diffamation ist auch kein genügender innerer Grund zur Subsidiarität vorhanden. Dazu kommt, daß doch überhaupt die Erwirkung einer gerichtlichen Entscheidung als begründet feststeht und daß durch die Provocation gerade das ordnungsmäßige Verfahren, daß der eigentliche Kläger als solcher auftrete, herbeigeführt werden soll. Die Außergewöhnlichkeit des Mittels wird durch den herbeizuführenden ordnungsmäßigen Weg völlig aufgewogen.

6) Der Antrag ist dem Punkte unter 4 entsprechend zu stellen.

§. 351.

b. Provocatio ex lege Si contendat.[1]

1) In Betreff des zuständigen Gerichts gilt analog das im vorigen Paragraphen unter a 1 Bemerkte.

2) Kläger oder Provocant sei derjenige, welcher eine Einrede oder ein Vertheidigungsmittel sich zu erhalten suche oder seine Erben, es möchte denn die Klage gegen sie nicht gehen sollen. Die Einrede muß eine möglicherweise peremtorische sein, z. B. die der Rechtswohlthat der Theilung oder Vorausklage.[2] Durch das Vertheidigungsmittel, z. B. die exceptio non numeratae pecuniae oder dotis[3], ist zu bestreiten, daß der klägerische Anspruch begründet sei.

---

[1] L. 28 D. de fidejussoribus et mandatoribus (46; 1). Diese nur dem belangten Bürgen die exceptio beneficii divisionis gewährende Stelle ergibt die Provocation nicht, welche vielmehr auf der Praxis, einer usuellen Interpretation der l. 28, beruht. S. Note 4. Der, welcher, falls er jetzt belangt würde, die s. g. exceptio beneficii excussionis oder die exceptio divisionis mit definitivem Erfolg vorbringen könnte, ist nicht immer in der Lage, sich anderweitig zu sichern. Eine Feststellungsklage ist nicht möglich; desgl. nicht eine Klage gegen einen Dritten; auch nicht immer eine Klage gegen den Hauptschuldner oder Mitschuldner. Endlich eine Zahlung von Seiten des fraglichen Provocanten an den Gläubiger gegen Abtretung, um darauf selbst gegen den Hauptschuldner oder den Mitschuldner zu klagen, wird oft wegen eines Mangels an Zahlungsmitteln nicht ausführbar sein. Vgl. auch l. 62 D. de fid. et mand. (46; 1).— Subsidiär ist übrigens auch die prov. ex lege Si contendat nicht. v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, I. S. 166.

[2] Ein anderes Beispiel ist die exceptio Pauliana. Nach der K. O. §. 34 in den Worten „Das Anfechtungsrecht" (also nicht blos die Anfechtungsklage) ist auch für diese exceptio die Verjährung in einem Jahre anzunehmen. Wenn nun die fragliche Sache sich in der Masse des Schuldners befindet, der Erwerber aber eine Uebergabe behauptet, so kann man ja seine Klage abwarten und dann dagegen unsere Einrede vorschützen. Da sie aber in einem Jahre verjährt, so müßte entweder vorher eine Feststellungsklage oder eine prov. ex lege Si contendat erhoben werden.

[3] Nach dem E. G. zur C. P. O. §. 17 Abs. 1 ist jetzt auch der Fall der

3) Beklagter sei der, welcher aus dem durch jene Einreden und Vertheidigungsmittel zu entkräftenden Rechte klagbar werden könnte, oder dessen Erben, es möchte denn ein activer Uebergang der Klage auf die Erben nicht stattfinden.

4) Gegenstand der Provocation sei die Anstellung der Klage Seitens des Provocaten gegen den Provocanten (nicht gegen einen Dritten[4]) innerhalb einer vom Richter zu bestimmenden Frist unter der Androhung, daß Kläger sonst nicht berechtigt sein solle, in dem späteren Proceß über die Hauptsache von solchen Einwendungen gegen jene Einreden und Vertheidigungsmittel Gebrauch zu machen, welche durch die längere Verzögerung der Klage entstanden seien.

5) Der Grund der Provocation sei die Gefahr des Verlustes der Einreden oder Vertheidigungsmittel bei längerer Aufschiebung der übrigens auch anderweitig in jeder Hinsicht bestreitbar bleibenden Klage, wobei eine sofortige Bescheinigung nicht erforderlich ist.

6) Der Antrag entspreche dem zu 4 Hervorgehobenen.

Mit den Provocationen der §§. 350 und 351 hat die in der C. P. O. §. 753 Abs. 3 erwähnte Ladung eines Gläubigers Aehnlichkeit. Wenn

---

exceptio non numeratae pecuniae oder dotis im Allgemeinen weggefallen, indem durch den §. 17 diese exceptio, nachdem ihr Beweisprivilegium beseitigt worden, wiederum, wie ehemals, eine perpetua geworden ist. Nur mit Rücksicht auf den Abs. 2 des §. 17 kann davon noch gesprochen werden. Darauf hin, daß auch noch jetzt ungeachtet des citirten §. 17 Abs. 1 der Richter auf Grund der C. P. O. §. 259 in einzelnen Fällen annehmen könnte: 1) der Schuldschein sei den Umständen nach von Vorne herein nicht beweisend; 2) er sei wegen Schweigens des Ausstellers während zweier Jahre oder einer sonstigen Zeit beweisend geworden; 3) es müsse nunmehr sogar ein angebotener Gegenbeweis als unerheblich verworfen werden, ließe sich gegenwärtig eine Provocation nicht gründen. — Bei dem Beweise zum ewigen Gedächtniß ist die prov. ex lege Si contendat nie statthaft gewesen.

[4] Die l. 2 §. 7 D. de lege Rhod. de jactu (14; 2); l. 13 §. 30 D. de act. emti et vend. (19; 1); l. 60 §. 5 D. loc. cond. (19; 2); l. 75 §. 3 und 4 D. de leg. I. (30); l. 8 §. 3 D. de opt. v. elect. leg. (33; 5); l. 2 §. 28 D. ne quid i. l. p. f. (43; 8) sprechen nicht von einer Provocation gegen einen Berechtigten zur Anstellung einer Klage gegen einen Dritten, um Einreden oder Vertheidigungsmittel gegen jenen zu erhalten, sondern von einer Klage des Berechtigten gegen den Verpflichteten auf Erfüllung einer mindestens in der Klagerhebung gegen einen Dritten behufs Erlangung eines dem ersteren zu leistenden Gegenstandes bestehenden obligatio faciendi. S. auch oben §. 114 Note 1. Die herrschende Ansicht in der Theorie und Praxis ist denn auch gegen die fragliche Provocation. Demnach kann von einem Gewohnheitsrecht nicht die Rede sein. Vgl. auch die der jenseitigen Ansicht entgegenstehende l. 62 D. de fid. et mand. (46; 1) und Matthiae a. a. O. III. 2. S. 135 und 136.

Forderungen für mehrere Gläubiger gepfändet sind, so ist jeder Gläubiger, welchem der Anspruch überwiesen wurde, berechtigt, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung zu erheben. Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger als Streitgenosse anschließen. Der Drittschuldner hat nun die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden. Hierin liegt also eine Art von provocatio ad agendum, eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel: „Nemo invitus agere cogitur". Es tritt dann auch gegen den der Ladung nicht Folge leistenden Gläubiger die Wirkung ein, daß die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, für und gegen ihn wirksam ist.

Ueber einen anderen verwandten Fall vgl. C. P. O. §. 806.

§. 352.

B. Die Klagen wegen Arrestes und einstweiliger Verfügungen.

a. Arrestklagen. [1]

Dabei sind zu unterscheiden:

I. das Gesuch wegen Anordnung des Arrestes;

II. die Anträge auf Aufhebung oder Abänderung des angeordneten Arrestes;

III. die Hauptklage.

Zu I.

Zur Begründung des (Anwaltszwang nicht erfordernden, schriftlichen oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärten oder mit Zustimmung des Gerichts bei der mündlichen Verhandlung der Hauptsache mündlich vorgebrachten) Gesuchs wegen Anordnung des Arrestes ist erforderlich:

1) Die Darlegung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das angegangene oder noch anzugehende (E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 97) Gericht der Hauptsache (das Gericht erster Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz — nicht auch Revisionsinstanz — anhängig ist, das Berufungsgericht [2]) als auch dasjenige Amtsgericht, „in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet" [3], ausschließlich zuständig. [4]

---

[1] Vgl. oben §. 244 unter D.

[2] C. P. O. §. 821.

[3] C. P. O. §. 799.

[4] C. P. O. §. 707. Das Gericht der Hauptsache und das Amtsgericht concurriren electiv; sie sind anderen Gerichten gegenüber ausschließlich zuständig.

In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über das Arrestgesuch anstatt des Gerichts entscheiden.[5]

2) Die Behauptung, daß der Antragsteller activ zur Sache legitimirt, also er der Gläubiger sei.

3) Die Behauptung, daß der Implorat passiv zur Sache legitimirt, mithin dieser der Schuldner sei.[6]

4) Die Angabe, daß das Gesuch die Anordnung des Arrestes zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs, welcher in eine Geldforderung übergehen könne, betreffe.[7] Der Anspruch kann auch ein betagter sein[8], auch wohl ein bedingter.[9]

Der Arrest kann ein dinglicher oder persönlicher Sicherheitsarrest sein.[10] Es ist, wenn der persönliche Sicherheitsarrest angeordnet werden soll, näher anzugeben, daß es sich um diese Art des Arrestes handle. Beim dinglichen Arrest kann angegeben werden, in welche Sachen der Arrest beantragt werde. Es ist dagegen nichts zu erinnern, daß dem Richter die Auswahl unter allgemein bezeichneten oder mehreren Sachen anheimgegeben werde. Der Gegenstand kann, abgesehen von dem Fall, daß bei einem anderen Gericht, als dem der Hauptsache, der dingliche Arrest nachgesucht wird, im Allgemeinen auch ganz unberührt bleiben, sowohl von Seiten des Imploranten, als auch von Seiten des Gerichts.

Unter Umständen kann auch bezüglich des Gegenstandes noch eine besondere Begründung erforderlich sein. Nach dem H. G. B. Art. 446 Abs. 1 darf ein zum Abgehen fertiges (segelfertiges) Schiff wegen Schulden nur dann mit Beschlag belegt werden, wenn diese zum Behuf der anzutretenden Reise gemacht sind. Es würde daher letzterer Umstand bei

---

[5] C. P. O. §. 822.

[6] Man beachte auch C. P. O. §. 78: „Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren." Nicht umgekehrt.

[7] C. P. O. §. 796 Abs. 1.

[8] C. P. O. §. 796 Abs. 2. Es ist nicht erforderlich, daß nach dem bürgerlichen Recht ein Anspruch auf eine Sicherheitsleistung, z. B. eine cautio legatorum servandorum causa, begründet sei.

[9] Die C. P. O. hat über bedingte (d. h. von einer aufschiebenden Bedingung abhängige) Ansprüche nicht entschieden. Es dürfte der Arrest anwendbar sein, und zwar nicht blos dann, wenn das Civilrecht einen Anspruch auf eine Sicherheitsleistung gewährt. Nur für diesen Fall läßt Seuffert, C. P. O., zu §. 796 Bem. 3 den Arrest zu.

[10] C. P. O. §§. 797 und 798. Der persönliche Sicherheitsarrest braucht nicht gerade in Haft zu bestehen. C. P. O. §. 812. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 812.

einem Antrage wegen Arrestes in Ansehung des segelfertigen Schiffs hervorzuheben sein. Uebrigens würde doch auch der beauftragte Gerichtsvollzieher, wenn vorher vom Schiff gar nicht die Rede gewesen wäre, ein solches segelfertiges Schiff mit Arrest belegen können, falls es nur feststände, daß die bezügliche Schuld zum Behuf der anzutretenden Reise gemacht sei. In Ansehung der Ladung und einer Person der Schiffsbesatzung vgl. Art. 446 Abs. 2 und 3. S. auch noch C. P. O. §. 785 Ziffer 3.

Ueber die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes s. das bezügliche Bundesgesetz vom 21. Juni 1869, welches zum Reichsgesetz erhoben ist, sowie C. P. O. §. 749 Ziffer 1 Abs. 3 und 4.

Es ist überhaupt dieser §. 749 zu beachten, da die danach der Pfändung nicht unterworfenen Gegenstände nach §§. 808 und 810 auch nicht mit Arrest belegt werden können.

Vgl. auch noch H. G. B. Art. 119, 120, 169 und Postgesetz vom 28. October 1871 §. 20.

5) Der Grund des Gesuchs besteht

a) in dem Vorhandensein eines dem Imploranten zustehenden Anspruchs, der nebst seinem Geldbetrage oder Geldwerthe (seinen wesentlichen Punkten nach, insbesondere mit Rücksicht auf active und passive Legitimation, Gegenstand und Grund) in dem Gesuch bezeichnet werden soll[11], und

b) in dem Vorliegen eines näher darzulegenden Arrestgrundes, dessen Bezeichnung das Gesuch ebenfalls enthalten soll.[12]

„Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urtheil im Auslande vollstreckt werden müßte.“[13]

Die schlechten Vermögensumstände und die drohende Prävention anderer Gläubiger genügen an sich nicht.[14]

„Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforder-

---

[11] C. P. O. §. 800.

[12] C. P. O. §. 800. Der Ausdruck „soll“ im §. 800 Abs. 1 gewährt dem Richter in Ansehung der Frage, ob spätere Modificationen statthaft seien, ein freieres Ermessen, als die §§. 235 Ziffer 3, 240 und 241 der C. P. O. Vgl. aber auch Note 20.

[13] C. P. O. §. 797. Die Mot. bezeichnen die im Auslande gewährte Rechtshülfe als gleichgültig, sie möchte denn durch Staatsverträge verbürgt sein.

[14] E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 119. Vgl. übrigens auch noch oben §. 244 unter D.

lich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern."[15]

6) „Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen."[16] „Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind."[17]

Die Glaubhaftmachung und das Erbieten zu einer Sicherheitsleistung sind nicht gerade nothwendig, weil eine Vervollständigung des Gesuchs vom Richter angeordnet und somit der Mangel nachträglich gehoben werden könnte, auch der Richter die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheitsleistung abhängig machen dürfte; indessen ist doch die Glaubhaftmachung rathsam, weil sonst das Arrestgesuch zurückgewiesen werden könnte.

7) Der erforderliche Antrag ergibt sich aus dem unter 4 Bemerkten.

„In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird."[18]

Es braucht beim Antrage diese Vorschrift nicht berücksichtigt zu werden, weil der Richter sie von Amtswegen zu befolgen hat.[19]

---

[15] C. P. O. §. 798. Der persönliche Sicherheitsarrest ist subsidiär im Verhältniß zum dinglichen Arrest, wie das Wort „erforderlich" des §. 798 ergibt. Zum Zweck der Herbeischaffung des im Auslande befindlichen Vermögens darf derselbe nicht angeordnet werden. Mot. zu §. 798. „Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste — zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt." K. O. §. 11. Auch der persönliche Sicherheitsarrest darf nicht angeordnet werden. Mot. zur K. O. §. 11. Diese Vorschriften des §. 11 beziehen sich jedoch nicht auf den Fall der Eröffnung eines Concursverfahrens im Auslande. K. O. §. 207.

[16] C. P. O. §. 800 Abs. 2.

[17] C. P. O. §. 801 Abs. 2.

[18] C. P. O. §. 803.

[19] „Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt". C. P. O. §. 810.

„Das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche körperliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde, versteigert und der Erlös hinterlegt werde." C. P. O. §. 810. „Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen". C. P. O. §. 811.

Zu II.

1. Ob bei dem Antrage auf Aufhebung oder Abänderung des Arrestes der Impetrant oder der Impetrat als Kläger zu betrachten sei, kann zweifelhaft sein. Nach der C. P. O. §. 804 muß der Impetrat gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, Widerspruch erheben und hat den Gegner unter Mittheilung der Gründe, welche er für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden. Es handelt sich also hauptsächlich um die Frage, ob der Arrest aufgehoben werden solle. Demnach, könnte man meinen, sei der Impetrat als Kläger zu betrachten. Wenn es im §. 805 der C. P. O. heiße, es sei, wenn Widerspruch erhoben, über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurtheil zu entscheiden, so folge daraus nicht, daß das Verfahren nicht ein Anfechtungs-, sondern ein Justificationsverfahren sei. Auch komme ja das frühere Proceßrecht mit dem Justificationsverfahren, insbesondere gegenüber der Vorschrift des §. 804, daß es sich um die Aufhebung handle, nicht weiter in Betracht. Indessen ist andererseits doch entscheidend, daß der Arrestbeschluß an sich blos einen vorläufigen Charakter hat, so daß es sich in Wirklichkeit nur um die Frage handelt, ob der Antrag unter I begründet sei oder nicht.

Zur Begründung des Antrages auf Aufhebung oder Abänderung würde es, abgesehen von

der Zuständigkeit des Arrestgerichts,

dem Kläger,

dem Beklagten (d. i. dem Schuldner, indem ein Dritter wohl auf Grund des §. 690 der C. P. O. interveniren, aber doch nicht auf Grund des §. 804 widersprechen könnte),

dem Gegenstande,

was sich Alles meistens von selbst aus den Voracten ergibt, namentlich auf die Gründe der Aufhebung ankommen.

Es kann nun durch den Antrag der Anspruch oder der Arrestgrund oder die Art des Arrestes oder die Glaubhaftmachung oder die Sicherheitsleistung angefochten werden.

In Ansehung des Anspruchs ist jedoch zu bemerken, daß der Arrestantrag nicht eine solche Klage ist, an welche eine Widerklage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses geknüpft werden könnte; daß vielmehr nur der Arrest als solcher Gegenstand des Streits ist, also eine Anfechtung in Ansehung des Anspruchs nur dann in Betracht kommt, wenn dadurch das Fehlen eines sonstigen Erfordernisses, z. B. das der Glaubhaftmachung, geltend gemacht wird. Liquide Einwendungen jener Art werden freilich stets auch die Glaubhaftmachung beseitigen; illiquide aber nicht immer und sind dann altioris quaestionis und nicht von Belang.

Der Antrag geht auf Aufhebung oder Abänderung des Arrestes.

Der Gegner hat erforderlichenfalls jetzt sein Gesuch besser zu justificiren. Es wäre recht wohl möglich, daß, wenn auch der Impetrat nichts Neues beibrächte, der Arrest doch aufgehoben würde, weil bei genauerer Prüfung das vom Impetranten beigebrachte Material sich als ungenügend herausstellte. Eine bessere Justificirung ist nicht an sich als unstatthafte Klagänderung zu betrachten. Sie kann es allerdings sein[20] und würde dann ohne Zustimmung des Impetraten nicht beachtet werden dürfen, sofern sie nicht als neues Arrestgesuch aufgefaßt werden könnte. Im letzteren Falle müßte aber der erwirkte Arrest aufgehoben und ein solcher von Neuem angelegt werden.

Es ist noch zu beachten, daß, wie auch die Mot. ergeben, ein Widerspruch nicht statthaft ist, wenn der Arrest nach mündlicher Verhandlung durch Endurtheil angeordnet worden. Dann sind nur die Rechtsmittel und ein Einspruch anwendbar.

2. „Auch nach der Bestätigung des Arrestes kann wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung die Aufhebung des Arrestes[21] beantragt werden.

Die Entscheidung ist durch Endurtheil zu erlassen; sie erfolgt durch das Gericht, welches den Arrest angeordnet hat, und, wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache."[22]

„Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe.

Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurtheil auszusprechen."[23]

Diese Anträge unter 2 wegen Aufhebung des Arrestes sind ebenfalls nicht als Klagen zu betrachten.[24]

Zu III. Die Hauptklage ist natürlich so zu begründen, wie es ihre Natur, z. B. als actio ex mutuo, actio ex vendito, actio ex locato u. d. m., mit sich bringt.

---

[20] Nämlich wenn dadurch der wesentliche Inhalt des Arrestgesuchs auch bei einer dem Arrestkläger möglichst günstigen Interpretation (s. Note 12) doch unzweifelhaft verändert, z. B. ein ganz anderer Anspruch oder Arrestgrund an die Stelle gesetzt würde. Für die Statthaftigkeit solcher Veränderungen, glaube ich, kann man sich nicht auf das Wort „soll" des §. 800 der C. P. O. berufen. S. jedoch auch E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 98.

[21] Mag er durch Beschluß oder Endurtheil angeordnet sein.

[22] C. P. O. §. 807.

[23] C. P. O. §. 806.

[24] Vgl. oben §. 320 Note 21.

b. Klagen wegen einstweiliger Verfügungen.

„Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.“[25]

Sie „sind auch zum Zweck der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nothwendig erscheint“.[26]

„Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung“, soweit nicht in der C. P. O. §§. 816—820 abweichende Vorschriften aufgestellt sind.[27]

Demnach sind hier

I. das Gesuch wegen Anordnung der einstweiligen Verfügung;

II. der Antrag auf Aufhebung oder Abänderung, überdies auch wegen Bestätigung der angeordneten einstweiligen Verfügung; und

III. die Hauptklage zu unterscheiden.

---

[25] C. P. O. §. 814.

[26] C. P. O. §. 819.

Vgl. auch E. G. zur C. P. O. §. 16 Ziffer 4, wonach „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können“, unberührt bleiben. S. z. B. c. 3 C. fin. reg. (3; 39). Vgl. ferner C. P. O. §§. 584 und 613. Die Vorschriften der C. P. O. über einstweilige Verfügungen können unter Umständen anstatt des s. g. possessorium summarium angewandt werden. Dies ist aber nicht nothwendig. Vgl. oben §. 30. A. M. das Reichsgericht, welches das possessorium summarium durch die Vorschriften der C. P. O. über einstweilige Verfügungen für beseitigt ansieht. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 114.

[27] C. P. O. §. 815.

Ueber das Verhältniß der einstweiligen Verfügung zum Arrest bemerken die Mot.: „Der Arrest dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (§. 796), die einstweilige Verfügung zur Sicherung einer Individualleistung (§. 814) oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß (§. 819). Die Unterscheidung schließt sich derjenigen des zweiten und dritten Abschnitts dieses Buchs (des achten der C. P. O.) im Wesentlichen an und findet in dieser und in der Verschiedenheit der durch die Sicherung verfolgten Zwecke ihre Rechtfertigung (vgl. N. E. §§. 692, 729, 749. Nordd. Prot. S. 1214, 1240, 1242).“ Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. S. 682 Note 1.

Zu I.

1) Ausschließlich zuständig, wie der Antragsteller darzulegen hat, ist das in der Hauptsache mit Grund angegangene oder demnächst noch anzugehende[28] Gericht; nur in dringenden Fällen auch das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet.[29]

2) Der Antragsteller kann der Kläger oder der Beklagte in der Hauptsache sein; möglicherweise auch ein Dritter, wenn er ein rechtliches Interesse hat. Im öffentlichen Interesse, z. B. zur Vermeidung von Gewalt, läßt sich eine einstweilige Verfügung von Amtswegen denken.

3) Der Antrag kann gegen eine der Parteien in der Hauptsache, unter Umständen auch gegen beide, gerichtet werden.

4) Der Gegenstand ist die Anordnung der einstweiligen Verfügung. Welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich seien, bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen.[30] Daraus folgt, daß der Antragsteller wohl Vorschläge über die Art machen kann, aber sie ohne ausdrückliches Verlangen des Gerichts nicht zu machen braucht. Die einstweilige Verfügung kann „auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, daß dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird".[31]

5) Der anzugebende Grund ergibt sich aus den vorangestellten Bemerkungen.[32]

6) Desgleichen der Antrag.

Zu II.

Hier gilt im Allgemeinen das a II Bemerkte.

Da jedoch nach §. 816 Abs. 2 die Entscheidung über die Erlassung einstweiliger Verfügungen nur in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann, aber dann, wenn nach vorgängiger mündlicher Verhandlung entschieden ist, der unter a II 1 erwähnte Widerspruch nicht stattfindet, so ergibt sich daraus eine beschränktere Anwendbarkeit des dort bezeichneten Justificationsverfahrens.

Es kann ferner nur unter besonderen Umständen die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung auf Antrag von dem Gericht, welches sie erlassen hat, gegen Sicherheitsleistung gestattet werden.[33]

---

[28] E. d. R. G. i. E. 4. B. Nr. 114.

[29] C. P. O. §§. 816 und 820.

[30] C. P. O. §. 817 Abs. 1.

[31] C P. O. §. 817 Abs. 2.

[32] C. P. O. §§. 814 und 819. Danach bildet die einstweilige Verfügung auch einen Ersatz für den früheren unbedingten Mandatsproceß wegen Gefahr im Verzuge und wegen einer in keiner Weise zu rechtfertigenden Handlung.

[33] C. P. O. §. 818.

Also der Antrag auf Aufhebung der sonst begründeten einstweiligen Verfügung kann nicht allein durch das Erbieten zu einer Sicherheitsleistung begründet werden; es sind auch genügende besondere Umstände darzulegen.

Wenn das Amtsgericht, anstatt des Gerichts der Hauptsache, in dringenden Fällen die einstweilige Verfügung erlassen hat, so hat es eine Frist zu bestimmen, „innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben.“[34]

Darnach erscheint der Impetrant im Justificationsverfahren in dem Fall des §. 820 unzweifelhaft als Kläger.

Zu III gilt das, was bei a III hervorgehoben ist.

§. 353.

C. Die Klagen im Mahnverfahren.[1]

Im Mahnverfahren ist zu unterscheiden:

a) das Gesuch um Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehls,

b) die Hauptklage.

Zu a.

Die C. P. O. §. 630 bestimmt, daß das Gesuch wegen Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles enthalten müsse:

„1. die Bezeichnung der Parteien[2] nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;

2. die Bezeichnung des Gerichts;

---

[34] C. P. O. §. 820. Auf den Fall der von Amtswegen erlassenen einstweiligen Verfügung kann der §. 820 nicht bezogen werden. Vielmehr hängt es in diesem Fall vom Ermessen des Gerichts ab, ob es eine Frist bestimmen will.

[1] Die Zweckmäßigkeit desselben ist im Allgemeinen mit Rücksicht auf die nicht seltenen Widersprüche und Einsprüche sowie den dadurch veranlaßten vergeblichen Zeit- und Kostenaufwand wohl zu bestreiten. Es fragt sich insbesondere, ob nicht die nach Analogie der Versäumnißurtheile angeordnete Zulässigkeit eines Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl hätte beseitigt oder mehr beschränkt werden können. Wenn die Mot. das Mahnverfahren sogar in dem Maße begünstigen, daß sie die Wahl des ordentlichen Processes statt jenes von Seiten der Anwälte als möglicherweise disciplinarisch zu ahndende Ausschreitung bezeichnen, so kann ich meiner Erfahrung nach diese Begünstigung nicht für begründet ansehen.

[2] Der Natur der Sache nach, sowie mit Rücksicht auf die C. P. O. §. 121 Ziffer 1 auch der gesetzlichen Vertreter. Desgl. anderer Vertreter, so daß ein anonymes Gesuch eines solchen zurückzuweisen wäre.

3. die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs;

4. das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls."

Hieraus läßt sich die allgemeine Regel ableiten, daß das Gesuch überhaupt Alles enthalten muß, was zur Begründung einer Klage erforderlich ist. Dies geht auch aus den Mot. sowie daraus hervor, daß mit der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten[3], wie sonst durch die Erhebung (d. i. Zustellung) der Klage[4] und die Wirkungen der Rechtshängigkeit auch im Fall des Widerspruchs bestehen bleiben.[5]

Insbesondere ist Folgendes zu beachten:

1) In Betreff des Gerichts ist ausschließlich zuständig „das Amtsgericht, bei welchem der allgemeine persönliche Gerichtsstand[6] oder der dingliche Gerichtsstand für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären".[7]

2) Hinsichtlich des Imploranten und

3) des Imploraten gelten die allgemeinen Regeln.[8]

4) Der Gegenstand ist die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere.[9]

---

[3] C. P. O. §. 633.

[4] C. P. O. §§. 235 und 230.

[5] C. P. O. §. 635. Vgl. über den Charakter des Mahnverfahrens als den einer Klage auch Drechsler im A. f. d. c. P. 62. B. S. 419—424 und Seuffert, C. P. O., zu §. 630.

[6] Es ist freilich in Beziehung auf die künftige Gesetzgebung kein Grund vorhanden, diesen Gerichtsstand nur in den Fällen der §§. 12—20 der C. P. O. anzunehmen, nicht auch in denen der §§. 21 und 22. Im Fall des §. 22 müßte sich aber der Anspruch, wegen dessen der Zahlungsbefehl erlassen werden sollte, auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung, bezw. die Bewirthschaftung des Guts beziehen. Indessen gehören einmal die Gerichtsstände der §§. 21 und 22, wenn man dabei auch von einem Quasidomicil sprechen kann, doch nicht zu den allgemeinen persönlichen. Vgl. die Mot. zu den §§. 12—37.

[7] C. P. O. §. 629.

[8] Vgl. auch Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 630 Note 2. Jedoch bedarf es des Nachweises einer Vollmacht nicht, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls nachgesucht oder für den Schuldner Widerspruch gegen denselben erhoben wird. C. P. O. §. 643. Anders ist es beim Gesuch wegen Vollstreckungsbefehls, beim Einspruch gegen solchen, bei der Klagverfolgung in Folge Widerspruchs u. s. w.

[9] C. P. O. §. 628 Abs. 1. Die Vertretbarkeit bezieht sich auch auf Werthpapiere. Damit sind Namenspapiere ausgeschlossen, sofern sie nicht vertretbar sind,

Gleichgültig ist es, ob diese mit einer ganz persönlichen Klage, einer actio in rem scripta oder mit einer dinglichen Klage verlangt werden.[10] Es kann sich auch um alternative Leistungen nach Wahl des Beklagten handeln, wenn nur jede einzelne den Erfordernissen der C. P. O. §. 628 entspricht, z. B. um Zahlung von 1000 Mark oder Leistung von 50 Tonnen Roggen. Hat Kläger die Wahl, so könnte er sich im Gesuch darüber entscheiden, müßte es aber nicht; auch könnte ersterenfalls die nicht gewählte Leistung auf jeden beliebigen Gegenstand gerichtet sein. Fälligkeit ist nothwendig, was sich auch aus den Worten „zur Zeit" des §. 631 ergibt.

Die Bestimmtheit ist ferner auf Zinsen mit zu beziehen[11], nicht aber auf die Proceßkosten. Diese brauchen nach §. 632 im Zahlungsbefehl nur dem Betrage nach bezeichnet zu werden, während in den späteren Vollstreckungsbefehl die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen sind.[12] Es würde daher keinen Anstoß erregen können, wenn beantragt wäre, den Befehl auf die Kosten des Gerichts, des Gerichtsvollziehers und Anwalts, ohne Berechnung derselben, mit zu erstrecken. Ja auch dieser Antrag ist überflüssig, weil das Gericht über Proceßkosten von Amtswegen zu erkennen hat.[13] Die sofortige Specification der Proceßkosten ist auch aus inneren Gründen ganz unerheblich. Denn wird Widerspruch erhoben, so erledigt sich die Sache dadurch; wenn nicht, so wird sie entweder gütlich beigelegt oder um einen Vollstreckungsbefehl gebeten, wobei dann die bisherigen Kosten zu berechnen sind. Bei der gütlichen Beilegung wäre freilich eine Ueberlastung mit Kosten möglich, wogegen aber der Schuldner sich dadurch schützen könnte, daß er gerichtliche Festsetzung der Kosten verlangte.

Im Uebrigen ist das Gesuch auch dann zurückzuweisen, wenn der

---

z. B. wenn irgend ein Dritter die auf den Namen des Klägers lautenden Papiere besitzt und er diese Stücke ausliefern soll. Wenn dagegen Beklagter der zur Ausstellung Berechtigte ist und er dem Kläger auf dessen Namen Papiere ausstellen und liefern soll, wäre es anders. Ebenso wenn er die bereits auf den Namen ausgestellten liefern oder statt derselben neue auf Klägers Namen ausstellen und liefern soll. Desgl., wenn Kläger vom Dritten nicht seine Stücke verlangt, sondern mit anderen auf Klägers Namen auszustellenden, falls Beklagter solche Ausstellung bewirken könnte, zufrieden ist. Vgl. auch Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 555.

[10] Wenn es sich nur um der Quantität nach bestimmte vertretbare Sachen handelt. Vgl. C. P. O. §§. 25—27.

[11] C. P. O. §. 632.

[12] C. P. O. §. 639.

[13] C. P. O. §. 279.

Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Theils des Anspruchs nicht erlassen werden kann.[14]

Bei der Unbestimmtheit eines Theils des Gegenstandes ist daher das ganze Gesuch verfehlt.[15]

5) Was den Grund anbetrifft, so ist die Vorschrift des §. 631, daß das Gesuch zurückgewiesen werde, wenn sich aus dem Inhalte desselben ergebe, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet sei, eine selbstverständliche. Dagegen ist es zu beachten, daß das Mahnverfahren nicht stattfindet, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist, oder wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.[16] Es muß also die erforderliche Vorleistung (z. B. Gewährung der vermietheten Sache) oder die erforderliche Leistung Zug um Zug (z. B. Ueberlieferung der verkauften Sache), nicht auch eine statthafte Nachleistung[17] als bereits geschehen bei zweiseitigen Verträgen behauptet, nöthigenfalls auch dargelegt werden, daß die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung nicht erforderlich sei.

6) Der Antrag kann sich auf die Erlassung des Zahlungsbefehls beschränken.

Freilich enthält nach der C. P. O. §. 632 der Zahlungsbefehl die im §. 630 Nr. 1—3 bezeichneten Erfordernisse des Gesuchs und außer-

---

[14] C. P. O. §. 631 Abs. 2.

[15] Dies ist bei einer Verbindung mehrerer Ansprüche nur auf den Anspruch zu beziehen, bei welchem ein Mangel vorliegt. Umgekehrt bezieht sich der §. 635 der C. P. O., wonach der Zahlungsbefehl seine Kraft auch dann verliert, wenn rechtzeitig nur gegen einen Theil desselben Widerspruch erhoben wird, bei einer Häufung von Ansprüchen nur auf den Anspruch, gegen welchen ganz oder zum Theil Widerspruch erhoben ist.

[16] C. P. O. §. 628 Abs. 2.

[17] Mot. zu §. 628. Die Ertheilung einer Quittung, eines Löschungsscheines, die Herausgabe von bezahlten Obligationen, die Rückgabe eines quittirten Wechsels u. d. m. sind Nachleistungen. Wenn aber dergleichen Zug um Zug verlangt wird, so müßte ein Verlangen danach, als nach einer Art von Sicherheit, besonders begründet werden. Der Umstand, daß eine solche Sicherheitsleistung Zug um Zug in einigen Fällen gesetzlich verlangt werden kann, z. B. nach der W. O. Art. 39 der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet ist, schafft eben nur einen gesetzlichen Anspruch auf die bezeichnete Sicherheitsleistung, macht aber nicht die eigentliche Nachleistung zu einer eigentlichen Leistung Zug um Zug. Art. 39 steht daher der Geltendmachung des Wechselanspruchs im Mahnverfahren nicht entgegen. Ebenso würde die Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner an den Bürgen ungeachtet der c. 21 C. de fid. et mand. (8; 40) in Wirklichkeit nur eine Nachleistung sein. Vgl. oben §. 107 Note 23.

dem den Befehl an den Schuldner, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen[18] bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung[19] den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben. Indessen der Richter hat mit Rücksicht auf den angegebenen allgemeinen Antrag und den sonstigen Inhalt des Gesuchs das genauer Erforderliche von Amtswegen zu veranlassen.

Zu b.

Das Gesuch wegen Erlassung des Zahlungsbefehls bildet auch die Grundlage für die Begründung der Hauptklage.

Die nach dem Widerspruch schriftlich oder mündlich bei dem Amtsgericht vorgebrachte Klage ist nicht erst die eigentliche Klage, sondern dies ist der nach den Mot. sich in seinem Inhalt ganz dem Gesuche anschließende Zahlungsbefehl. Dieser selbst muß als Klage angesehen werden, da nur er dem Beklagten zugestellt wird, so daß bei der etwaigen späteren Frage, ob eine Klagänderung vorliege, selbst der ungenaue Inhalt des Zahlungsbefehls, dessen Berichtigung Kläger ja hätte veranlassen können, nicht aber der des Gesuchs maßgebend sein würde. Kläger ist an das um Erlassung des Zahlungsbefehls angegangene Amtsgericht gebunden[20], nicht auch an die ordentliche Proceßart.

Wenn dagegen die wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte gehört, so ist im Fall eines Widerspruchs die Erhebung der Klage bei dem zuständigen Gerichte nothwendig.[21] Obschon auch in diesem Fall die Wirkungen der Rechtshängigkeit von der Zustellung des Zahlungsbefehls angerechnet bestehen bleiben, mithin auch eine Aenderung der Klage ohne Einwilligung des Beklagten unstatthaft ist, so kann im Uebrigen erst die nach dem Widerspruch eingereichte oder vorgebrachte Klage als solche angesehen werden. Kläger könnte sich auch an ein anderes Landgericht wenden, als an das dem Amtsgericht, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat, vorgesetzte[22], sogar an ein anderes Amtsgericht in Folge Prorogation. Wenn Beklagter inzwischen seinen Wohnsitz verändert hätte, müßte Kläger auch bei dem mit Rücksicht auf den jetzigen

---

[18] Da diese Frist nicht als Nothfrist bezeichnet worden, ist sie auch nicht eine solche. C. P. O. §. 201 Abs. 3. Sie kann weder verkürzt noch verlängert werden. C. P. O. §. 202 Abs. 2.

[19] Nur beim Zahlungsbefehle und bei öffentlichen Aufgeboten gilt das Androhungssystem. C. P. O. §§. 632 und 824, sowie die Mot. zu §. 202 des E. oder §. 209 des G.

[20] Vgl. C. P. O. §. 636.

[21] C. P. O. §. 637.

[22] Die C. P. O. §. 637 spricht daher nur vom zuständigen, nicht vorgesetzten Gerichte.

Wohnsitz zuständigen Landgericht klagen. Natürlich kann jetzt ebenfalls im Urkunden- oder Wechselproceß geklagt werden.

Ohne Einwilligung des Beklagten ist Kläger nun nicht ohne Nachtheil berechtigt, die Klage zu ändern, weil mit der Zustellung des Zahlungsbefehls die Wirkungen der Rechtshängigkeit eingetreten sind. Nur solche Modificationen sind gestattet, wie §. 240 der C. P. O. sie zuläßt. Wird eine weitergehende Aenderung des Klagegrundes vorgenommen, so ist dies ohne Einwilligung des Beklagten nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ganz unstatthaft[23], so daß er die Einrede der unstatthaften Klagänderung vorschützen kann. Vor dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist die eine Zurücknahme der erhobenen Klage mitenthaltende Klagänderung freilich statthaft, weil bis dahin die Klage zurückgenommen[24], also auch die alte durch eine neue gleichzeitig ersetzt werden kann. Der Beklagte kann dann auch nicht bei einer amtsgerichtlichen Sache die Einlassung auf die neue Klage verweigern, bis die Erstattung der dem Beklagten bisher erwachsenen Kosten erfolgt ist.[25]

Der Kläger ist aber überhaupt zur Erstattung dieser Kosten verpflichtet.[26]

Beklagter hat die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei, als proceßhindernde Einrede im Anwaltsproceß[27]; das Gericht kann jedoch auch im Parteiproceß die abgesonderte Verhandlung über diese Einrede von Amtswegen anordnen.[28]

Es kann ferner namentlich dann, wenn die Aenderung erst am Verhandlungstermin vorgenommen ist, vom Beklagten eine Vertagung bewirkt werden. Und endlich können auch die Proceßkosten in der neuen Klagesache dem siegenden Kläger ganz oder zum Theil auferlegt werden, insbesondere wenn angenommen werden darf, daß bei gehöriger rechtzeitiger Klagbegründung Beklagter es gar nicht erst zu einem weiteren

---

[23] C. P. O. §. 243. Abs. 1.

Es ist dann ohne Einwilligung des Beklagten nur ein Verzicht auf die angestellte Klage möglich, welcher der Erhebung einer neuen gleichen, aber nicht einer anderen Klage entgegenstehen würde.

[24] C. P. O. §. 243 Abs. 1. Die Zurücknahme steht der Anstellung derselben oder einer anderen Klage nicht entgegen. Im Anwaltsproceß müßte die Klagänderung, welche als Zurücknahme und neue Klage gelten dürfte, aber auch dem §. 230 der C. P. O. entsprechen.

[25] C. P. O. §. 465 Abs. 3.

[26] C. P. O. §. 243.

[27] C. P. O. §. 247 unter 5.

[28] C. P. O. §. 465 Abs. 3.

Verfahren hätte kommen lassen. Ueberdies treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit, auch die dem Kläger vortheilhaften, natürlich erst mit der Zustellung der neuen Klage oder, wenn sie erst am Termin erhoben wird, mit der Geltendmachung im Termin ein.

§. 354.

D. Die Klagen im Urkunden- oder Wechselproceß.[1]

Es gelten hierbei die allgemeinen Regeln über die Substantiirung von Klagen und die besonderen über die der einzelnen Klage, um die es sich handelt. Der Umstand, daß im Urkunden- oder Wechselproceß geklagt wird, erfordert in Ansehung der Begründung theilweise jedoch etwas Besonderes. Es kommt auf die Beachtung folgender Punkte an:

1) In Betreff der Zuständigkeit gilt vom Urkundenproceß nichts Besonderes.

„Werden im Urkundenprozesse Ansprüche aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht (Wechselprozeß[2]), so kommen die nachfolgenden besonderen Vorschriften zur Anwendung.“[3]

„Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts als bei dem Gericht angestellt werden, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Wenn mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.“[4]

Das Besondere liegt nur in dem letzten Satze. Würde nicht im Wechselproceß geklagt, so käme die Vorschrift der C. P. O. §. 36 unter 3 zur Anwendung. Hiernach erfolgt die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch

---

[1] Derselbe ist nicht obligatorisch. Auch aus Urkunden oder Wechseln kann im ordentlichen oder Mahnverfahren geklagt werden. Dagegen ist eine Klage aus einem Wechsel in dem gewöhnlichen Urkundenproceß unmöglich, weil der Wechselproceß gar nicht eine besondere, von diesem verschiedene Proceßart ist. Der dem Urkunden- oder Wechselproceß (dem früheren Executivproceß) zu Grunde liegende Zweck ist derselbe, wie er bei den interdicta retinendae, recuperandae und adipiscendae possessionis im Verhältniß zu den entsprechenden petitorischen Klagen oder bei der antiquirten actio ex stipulatu im Verhältniß zu einer möglichen späteren condictio vorkommt. Es ist ein Bedürfniß des Verkehrs, unter gewissen Voraussetzungen sich auf mehr schleunigem Wege oder auf formelle Gründe hin vorläufig Ruhe, Befriedigung oder den Besitz verschaffen zu können.

[2] Dahin gehört nicht die Klage aus einem s. g. pactum de cambiando, die Revalirungsklage des Trassaten auf Deckung, die Bereicherungsklage u. d. m.

[3] C. P. O. §. 565.

[4] C. P. O. §. 566. Dieser §. 566 ordnet nicht eine Ausschließlichkeit an. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 566.

das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht, wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist.

Bei der Begründung der Klage im Wechselproceß ist es in genügender Weise hervorzuheben, daß der eine oder andere Gerichtsstand hier anwendbar sei.

2 und 3) Ueber den Kläger und Beklagten ist nichts Besonderes zu bemerken.

4) In Betreff des Gegenstandes handelt es sich

a) im Urkundenproceß um die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer [5] Sachen oder Werthpapiere [6], in welcher Hinsicht derselbe mit dem Mahnverfahren völlig übereinstimmt;

b) im Wechselproceß um eine solche Zahlung, wenn der Anspruch aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht wird. [7]

Zur Begründung der Klage ist die etwa zweifelhafte Bestimmtheit der Geldsumme u. s. w. näher darzulegen.

Der Umstand, daß ein Theil des Anspruchs nicht begründet wäre, würde der Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung oder Leistung des übrigen Theils nicht im Wege stehen, worin eine Abweichung vom Mahnverfahren liegt.

5) Der anzugebende Grund der Klage kann

a) beim Urkundenproceß irgend eine causa debendi (wie Darlehn, Verkauf, Vermiethung u. s. w., möglicherweise auch ein dingliches Recht) sein, während sie

b) beim Wechselproceß in einer Wechselschuld bestehen muß.

Im ersteren Fall ist bei zweiseitigen Verträgen die Erfüllung Seitens des Klägers zur Begründung der Klage im Allgemeinen [8] unerheblich. Gegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages müßte sie allerdings meistens [9] in der Replik behauptet werden.

Im Uebrigen müssen die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs

---

[5] Um Sachen, die nur zufolge besonderer Uebereinkunft vertretbar sind, im Gegensatz gegen allgemein vertretbare, darf es sich nicht handeln.

[6] C. P. O. §. 555. Vgl. oben §. 353 Note 9.

[7] C. P. O. §. 565. Die Erfordernisse des §. 555 in Ansehung des Gegenstandes gelten auch im Wechselproceß, da für diesen keine besondere Bestimmung in den §§. 565—567 enthalten ist. A. M. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 565.

[8] Ausgenommen ist der Fall, daß davon die Nativität der Klage abhängt, wie die des Vermiethers auf Zahlung des Miethgeldes.

[9] Der Miether kann auf Einräumung der Sache, z. B. von 100 Schafen, auch vor Zahlung des Miethgeldes, klagen.

erforderlichen[10], vom Kläger zu beweisenden[11] Thatsachen (z. B. auch die Sachlegitimation, die Fälligkeit, das nachträglich in Gemäßheit der C. P. O. §. 240 Vorgebrachte[12] u. d. m.) durch Urkunden bewiesen werden.[13] Diese Urkunden müssen in Urschrift oder Abschrift der Klage beigefügt werden[14] und die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenproceß oder Wechselproceß geklagt werde.[15]

6) Ueber den Antrag ist nichts Besonderes zu bemerken.[16]

---

[10] C. P. O. §. 555.

[11] C. P. O. §. 560.

[12] E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 104.

[13] Die Aechtheit oder Unächtheit einer Urkunde, Repliken und Einreden können auch durch Eid, außer durch Urkunden, bewiesen werden. Ob die Urkunden öffentliche oder private, beglaubigte oder nicht beglaubigte, vom Beklagten oder von Anderen mit Einschluß des Klägers ausgestellte, fehlerfreie oder fehlerhafte, anfechtbare oder nicht anfechtbare, ursprüngliche oder in Folge einer Amortisation an die Stelle jener gesetzte sind, ist unerheblich. Es würden auch Auszüge aus dem Handelsbuch des Klägers und selbst nicht unterschriebene Urkunden genügen. Die Ansicht Hartmann's (Kommentar zur C. P. O. §. 555 Note 5), daß die Urkunden von dem Verpflichteten ausgestellt sein müßten, ist nicht zu billigen. Aber es muß ein dem Kläger obliegender Beweis der wesentlichen Klagethatsachen, abgesehen von dem auch die Eideszuschiebung zulassenden Beweis der Aechtheit, durch die Urkunde vollständig geführt werden. Und darüber entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Vgl. E. d. R. G. i. C. 2. B. Nr. 120; Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 166; Seuffert, C. P. O., zu §. 555 Bem. 3, und Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 250 und 251. Ein Correcturen enthaltender Wechsel würde wohl selten für den Wechselproceß genügen, so daß im ordentlichen Verfahren oder im Mahnverfahren geklagt werden müßte. E. d. R. O. H. G. 24. B. Nr. 65.

Im Allgemeinen ist aber, wenn die Handhabung des Rechts ihren Zweck, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen, erreichen soll, davon auszugehen, daß das Erforderniß des Urkundenbeweises in Betreff der Nebenpunkte, wie der Activ- und Passivlegitimation zur Sache, der Identität des Klägers oder Beklagten mit dem nach der Urkunde Berechtigten oder Verpflichteten u. d. m., dann möglichst zu Gunsten des Klägers auszulegen ist, wenn es klar ist, daß in solcher Hinsicht Beklagter keine gegründeten Einwendungen erheben könne. Dabei verdient es namentlich Beachtung, daß der §. 259 der C. P. O. doch auch für den Urkunden- und Wechselproceß Geltung hat und daß eine solche unter Umständen dem Kläger möglichst günstige Auslegung sicherlich auch der wahren Absicht des Gesetzgebers mehr entsprechen dürfte, als ein dem materiellen Rechte widersprechender strenger Formalismus.

[14] C. P. O. §. 556. Schl.-Holst. A. v. 1881, S. 216 und 217. Mit der beglaubigten Abschrift der Klage müssen auch beglaubigte Abschriften der Urkunden dem Beklagten zugestellt werden, so daß die bloße Niederlegung der Originale auf der Gerichtsschreiberei nicht genügt. E. d. R. G. i. C. 5. B. Nr. 94.

[15] C. P. O. §§. 556 und 567.

[16] Außer den im Text angegebenen Punkten sind beim Anwaltsproceß auch die §§. 192 und 230 der C. P. O. zu erfüllen.

§. 355.

E. Die Nichtigkeitsklage zum Zweck der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens.

1) Für diese Klage ist ausschließlich zuständig:

das Gericht, welches in der ersten Instanz erkannt hat; wenn das angefochtene Urtheil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urtheilen von dem Berufungsgericht erlassen wurde, das Berufungsgericht, oder, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil angefochten wird, das Revisionsgericht. Ist die Klage gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtet, so gehört sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat; wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht.[1]

In der letzten Klage sind diejenigen Umstände anzugeben, aus denen sich die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts ergibt.

2) Kläger ist die eine der früheren Proceßparteien oder ein Rechtsnachfolger derselben oder derjenige, für welchen das Urtheil sonst verbindlich ist.[2] In der Klage sind die erforderlichen Angaben über die Activlegitimation zur Sache zu machen. Der Bevollmächtigte ist durch die frühere Proceßvollmacht auch für die Nichtigkeitsklage legitimirt.[3]

3) Ein Gleiches gilt vom Beklagten.

4) Hinsichtlich des Gegenstandes muß in der Klage die Bezeichnung des Endurtheils[4], gegen welches die Nichtigkeitsklage gerichtet wird, enthalten sein.[5]

---

[1] C. P. O. §. 547. Die Zuständigkeit des Berufungsgerichts und des Revisionsgerichts, im Gegensatz gegen eine ausschließliche der ersten Instanz, ist dadurch zu erklären, daß die Nichtigkeitsklage, wie auch die Restitutionsklage, die Natur eines Rechtsmittels doch nicht ganz verloren haben.

[2] Vgl. l. 44 und 63 D. de re jud. (42; 1).

[3] C. P. O. §. 77.

[4] Als Endurtheile sind auch die bedingten aufzufassen; desgl. überhaupt solche Zwischenurtheile, welche nach der C. P. O. in Ansehung der Zulässigkeit von Rechtsmitteln als Endurtheile behandelt werden. Vgl. die Mot. zu §§. 472—474 und die §§. 248, 276, 425, 427, 562. Das im Wiederaufnahmeverfahren erlassene rechtskräftige Urtheil würde auch selbst wiederum mit einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage angefochten werden können, indem der Ausdruck „Rechtsmittel" im §. 554 offenbar die weitere Bedeutung hat. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 554. In Betreff der mittels Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen ist statt einer Wiederaufnahmeklage die Beschwerde selbst in erweitertem Umfange statthaft. C. P. O. §. 540.

[5] C. P. O. §§. 550 und 541.

Es ist ferner die Rechtskraft des Urtheils darzulegen und daß das Verfahren durch das rechtskräftige Endurtheil geschlossen sei.[6]

„Mit den Klagen können Anfechtungsgründe, durch welche eine dem angefochtenen Urtheile vorausgegangene Entscheidung derselben oder einer unteren Instanz betroffen wird, geltend gemacht werden, sofern das angefochtene Urtheil auf dieser Entscheidung beruht.“[7] In diesem Falle ist anzugeben, daß gerade die vorausgegangene Entscheidung und folgeweise das darauf beruhende Endurtheil angefochten werde.

Ferner soll angegeben werden, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urtheils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.[8]

5) Was den Grund[9] der Klage anbetrifft, so findet die Nichtigkeitsklage Statt:

„1. wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;

2. wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war[10], sofern nicht dieses Hinderniß mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist;

3. wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;

4. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.[11]

---

[6] C. P. O. §. 541. Geschlossen ist das Verfahren auch bei den nach der C. P. O. §§. 562 und 563 mit Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten und nach §§. 502 und 503 mit Vorbehalt der Geltendmachung der Vertheidigungsmittel des Beklagten erlassenen Urtheilen.

[7] C. P. O. §. 546.

[8] C. P. O. §. 551 Ziffer 3.

[9] Im Allgemeinen entspricht die Nichtigkeitsklage der früheren gemeinrechtlichen querela nullitatis insanabilis; dagegen die Restitutionsklage des folgenden §. 356 der früheren gemeinrechtlichen in integrum restitutio contra rem judicatam.

[10] Ob in Folge eines absoluten oder relativen Hindernisses der richterlichen Thätigkeit, ist gleichgültig. — Wenn eine zum Richteramt in dem vorliegenden Fall gar nicht berufene Person das Erkenntniß abgegeben hat, liegt ein solches in Wirklichkeit gar nicht vor. Man kann es unbeachtet lassen und erforderlichenfalls sich der Klage des unten folgenden §. 363 bedienen. Unsere Nichtigkeitsklage und ein Rechtsmittel sind nicht erforderlich; auch, abgesehen von einer Beschwerde, nicht möglich. Letztere wäre nicht die der §§. 530—540 der C. P. O.

[11] Der Mangel der activen oder passiven Legitimation zur Sache und ein Ver-

In den Fällen Nr. 1, 3 findet die Klage nicht statt, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte." [12]

In der Klage soll jedenfalls einer dieser Gründe näher dargelegt werden; in den Fällen unter 1 und 3 braucht jedoch Kläger nicht anzugeben, daß die Nichtigkeit nicht mittels eines Rechtmittels geltend gemacht werden konnte, sondern Beklagter hat das Gegentheil zu behaupten oder das Gericht mit Rücksicht auf die hierbei wegen des öffentlichen Interesses anwendbare Officialmaxime das Gegentheil von Amtswegen zu berücksichtigen. [13]

Ebenso braucht im Fall unter 2 Kläger nicht zu behaupten, daß dieses Hinderniß mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels nicht schon ohne Erfolg geltend gemacht sei, sondern Beklagter und der Richter haben das Gegentheil geltend zu machen, bezw. von Amtswegen zu berücksichtigen.

6) Die Klage ist „vor Ablauf der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils. [14] Nach Ablauf von fünf Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet", ist die Klage „unstatthaft.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes finden auf die Nichtigkeits-

---

stoß gegen den aufgestellten Satz: „Audiatur et altera pars" fallen nicht unter Ziffer 4.

[12] C. P. O. §. 542. Der Einspruch kann nicht als Rechtsmittel angesehen werden; um so weniger, als dann die Nothfrist von einem Monat in eine solche von 14 Tagen verwandelt werden würde. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 542 Note 7. Seuffert, C. P. O., zu §. 542 Bem. 5.

[13] Die gewöhnliche Ansicht, daß §. 552 der C. P. O. mit den Worten „Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft — — sei" sich nur auf die formalen Voraussetzungen der Klage beziehe, ist freilich richtig. Vgl. auch die §§. 497, 529 und 537. Dessenungeachtet muß ich aber doch die Officialmaxime noch in einem weiteren Umfange für anwendbar erachten. Das öffentliche Interesse erfordert, daß ein durch rechtkräftiges Endurtheil geschlossenes Verfahren nicht ohne materiellen Grund wieder aufgenommen werde. Auch sind die einzelnen Gründe der Nichtigkeits- und auch der Restitutionsklage fast sämmtlich von so hervorragender öffentlicher Erheblichkeit und Tragweite, daß dabei die Verhandlungsmaxime mehr, wie gewöhnlich, zurücktreten muß. Ich kann letztere daher nur in Ansehung der Einleitung und Fortsetzung der Klage, sowie des Antrages, aber im Allgemeinen nicht in Betreff des Beweises und der Geltendmachung von Einreden, Repliken u. s. w. für anwendbar halten.

[14] Es könnte die Klage auch vor Zustellung des publicirten Urtheils zugestellt werden. E. d. R. G. i. C. 3. B. Nr. 115.

klage wegen mangelnder Vertretung keine Anwendung; die Frist für Erhebung der Klage läuft von dem Tage, an welchem der Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urtheil zugestellt ist."[15]

Der Kläger hat die Thatsachen anzugeben, welche die Einhaltung der Nothfrist ergeben; dagegen nicht auch, daß die fünf Jahre noch nicht abgelaufen seien, weil es sich hierbei um eine Verjährungsfrist handelt.

7) In der Klage muß die Erklärung enthalten sein, daß von den beiden Klagen zur Wiederaufnahme des Verfahrens die Nichtigkeitsklage erhoben werde.[16]

Diese Erklärung kann auch durch schlüssige Angaben erfolgen. Es darf nur kein gegründeter Zweifel obwalten. Daher würde auch die irrthümliche Bezeichnung der nach den Angaben des Klägers offenbar erhobenen Nichtigkeitsklage als Restitutionsklage nicht schaden.[17]

8) Der Antrag ergibt sich aus dem unter Ziffer 4 Bemerkten.

Zum Schluß ist noch auf den §. 550 über die wesentlichen Erfordernisse der Klage (die Bezeichnung des angefochtenen Urtheils — genereller Gegenstand — und die Erklärung, ob die Nichtigkeits- oder die Restitutionsklage — genereller Klagegrund — erhoben werde) und den §. 551 über den Inhalt der Klage als vorbereitenden Schriftsatzes hinzuweisen. Neben diesen §§. 550 und 551 müssen auch die §§. 230 und 121 gelten, sofern sie nicht durch die ersteren modificirt sind.

Das, was §. 551 vorschreibt, insbesondere die Specialisirung von Grund und Gegenstand, könnte auch ohne Einwilligung des Gegners, also ohne daß eine unstatthafte Klagänderung vorläge, im Laufe des Verfahrens nachgeholt werden. Bei nachträglicher Geltendmachung eines neuen besonderen Anfechtungsgrundes müßte aber in Betreff desselben die Nothfrist beobachtet sein. Der neue Grund könnte anstatt des früheren oder gehäuft neben demselben, aber nicht unter Verzicht auf die erhobene Klage, durch eine ganz neue Wiederaufnahmeklage geltend gemacht werden. Durch die §§. 550 und 551 erleiden demnach auch Modificationen die §§. 235 Ziffer 3, 240 und 251.[18]

---

[15] C. P. O. §. 549.

[16] C. P. O. §. 550. „Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen." C. P. O. §. 541 Abs. 2.

[17] Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 550.

[18] Vgl. auch die Mot. zu §§. 550 und 551 und oben §. 2 Note 22 und 23.

Eine neue Wiederaufnahmeklage kann ich, weil die Nichtigkeit, bezw. Anfechtbarkeit nach dem Sinn der §§. 550 und 551 vollständig in judicium deducirt wird, mag unter sofortiger Angabe eines Grundes, also causa adjecta, oder blos unter der Erklärung, ob die Nichtigkeits- oder die Restitutionsklage erhoben werde, also causa non adjecta geklagt sein, nur dann für zulässig ansehen, wenn der neue Klagegrund beim ersten Wiederaufnahmeverfahren nicht geltend gemacht werden konnte, indem er dann auch nicht mit in judicium deducirt sein kann. Es kommen in dieser Hinsicht unterstützend neben den entscheidenden §§. 550 und 551 mit in Betracht die §§. 247, 542 Abs. 2, 545, 576, 686, 809. Die Einwilligung des Gegners in eine Zurücknahme der angestellten Wiederaufnahmeklage zum Zweck der Erhebung einer neuen ist für unwirksam zu erachten, weil die erforderliche Berücksichtigung des öffentlichen Interesses im Wege steht.

§. 356.

F. Die Restitutionsklage zum Zweck der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens.

Von dieser Klage gilt in Betreff der Begründung im Allgemeinen dasselbe, was von der Nichtigkeitsklage angegeben ist; jedoch mit folgenden Abweichungen:

1) Wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil angefochten wird, so ist das Revisionsgericht nur dann zuständig,

a) „wenn das Urtheil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens [1] zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist“;

b) „wenn ein Richter bei dem Urtheile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist“;

sonst das Berufungsgericht. [2]

---

[1] Nicht auch Disciplinarverfahrens. Mot. und Seuffert, C. P. O., zu §. 543 Bem. 6.

[2] C. P. O. §. 547 Abs. 1 und §. 543 Ziffer 4 und 5.

In Betreff
2) des Klägers und
3) des Beklagten
findet kein Unterschied Statt.

4) Hinsichtlich des Gegenstandes stimmen ebenfalls beide Klagen überein.

5) Die Restitutionsklage findet Statt:

„1. wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat[3];

2. wenn eine Urkunde, auf welche das Urtheil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war[4];

3. wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urtheil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat[5]";

4. in dem unter 1a erwähnten Falle;

5. in dem unter 1b erwähnten Falle;

„6. wenn ein strafgerichtliches Urtheil, auf welches das Urtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;

7. wenn die Partei

---

[3] Man beachte die vier Erfordernisse, daß
1) der Gegner,
2) durch Leistung eines Parteieides,
3) auf welche das Urtheil gegründet ist,
4) sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht haben muß.

Es genügt aber auch der Eid eines gesetzlichen Vertreters, Proceßbevollmächtigten, Nebenintervenienten und Cedenten, weil der Ausdruck „Gegner" hier im weitesten Sinne zu interpretiren ist (zu 1). Es genügt nicht eine bloße Versicherung, abgesehen von dem Fall der C. P. O. §. 446, nicht ein Eideserlaß, wohl aber ein Editionseid und ein Offenbarungseid (zu 2); nicht ein ungünstiges Urtheil, sofern es nicht auf die Leistung des Eides gegründet ist (zu 3) oder sofern nicht die Eidespflicht mindestens fahrlässiger Weise verletzt ist (zu 4).

A. M. in Ansehung des Cedenten Kleiner, Kommentar zur C. P. O. (Würzburg 1878/79), II. S. 627; in Ansehung des Editionseides Siebenhaar, Kommentar zur C. P. O. (Leipzig 1877), S. 530; in Ansehung des Offenbarungseides v. Wilmowski und Levy a. a. O. zu §. 543.

[4] Mala fides des Gegners ist nicht erforderlich; auch nicht mala fides des Anfertigers. Vgl. auch l. 11 D. de exc., p. e. p. (44; 1).

[5] Vgl. l. 33 D. de re jud. (42; 1).

a) ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urtheil, oder

b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Diese Bestimmung kommt in dem unter b bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urtheil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatsache oder deren Gegentheil für bewiesen erachtet ist."[6]

In den Fällen unter 1—5 „findet die Restitutionsklage nur statt, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurtheilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen, als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann."[7]

„Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen."[8]

Zur Begründung der Klage hat Kläger zu behaupten, daß er ohne sein Verschulden außer Stande gewesen, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

Hierüber ist aber eine entgegengesetzte Auffassung, daß nämlich Beklagter aus dem Gegentheil einen Einwand ableiten müsse, möglich.

Die Einrede, daß Kläger durch eigenes Verschulden den Restitutionsgrund herbeigeführt habe, dürfte nicht statthaft sein. Denn die C. P. O. spricht nicht von einer solchen Einrede, vielmehr läßt das im §. 545 erwähnte Verschulden darauf schließen, daß in anderen Hinsichten ein solches nicht in Betracht kommen soll. Das eigene Verschulden ist im Verhältniß zu der Wichtigkeit der Restitutionsgründe[9] zu unerheblich.

---

[6] C. P. O. §. 543. Ueber das weitergehende Röm. Recht vgl. l. 31 D. de jurejur. (12; 2). In Betreff des Falles unter 7 b ist es nicht erforderlich, daß die aufgefundene Urkunde dem Producenten unmittelbar Rechte gebe; auch nicht, daß dieselbe für sich allein, ohne Rücksicht auf das Ergebniß des Vorprocesses, eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 96.

[7] C. P. O. §. 544.

[8] C. P. O. §. 545. Für die Nichtigkeitsklage gilt nicht eine gleiche Vorschrift wegen der größern Erheblichkeit eines Nichtigkeitsgrundes.

[9] Wegen Unerheblichkeit des eigenen Verschuldens im Verhältniß zu der Schuld oder dem Grunde der Verpflichtung des Beklagten kann z. B. auch gegen die Deflorationsklage der Geschwächten, gegen die Klagen aus einem Diebstahl, Raub u. s. w., gegen die actio in factum wegen grundloser Bereicherung u. d. m. nicht die Einrede des eigenen Verschuldens vorgebracht werden.

Die Analogie der Römischen in integrum restitutio paßt wegen der leichteren Anwendbarkeit dieser nicht. Dagegen würde allerdings dann, wenn Kläger den Restitutionsgrund durch Dolus veranlaßt hätte, ihm eine praescriptio doli entgegengesetzt werden können. Denn die praescriptio doli ist, im Gegensatz gegen die nur in einzelnen Fällen anwendbare Einrede des eigenen nicht dolosen Verschuldens, eine stets zulässige Einrede.[10]

6) Hinsichtlich der Nothfrist eines Monats und der Verjährungsfrist von fünf Jahren findet kein Unterschied Statt. Das, was unter E 5 über die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung gesagt ist, kann bei der Restitutionsklage nicht zutreffen.

7) Die Bemerkung unter E 7 gilt auch für die Restitutionsklage; es muß also gesagt werden, daß diese erhoben werde.

8) Bezüglich des Antrags ist nichts Besonderes zu bemerken.

Ueber die auch auf die vorstehende Klage sich beziehenden §§. 550 und 551 der C. P. O. wird auf den Schluß des vorhergehenden §. 355 verwiesen.

§. 357.

G. Die Anfechtungsklage[1] gegen den die Entmündigung aussprechenden Beschluß.

a. Entmündigung wegen Geisteskrankheit.

1) Für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirk das Amtsgericht, von welchem der die Entmündigung aussprechende Beschluß erlassen, seinen Sitz hat, ausschließlich zuständig.[2] Es muß aus der Klage hervorgehen, daß das genannte Amtsgericht im Bezirk des angegangenen Landgerichts seinen Sitz habe.

2) Das Recht zur Erhebung der Klage steht dem Entmündigten selbst[3], dem Vormunde desselben, dem Ehegatten oder einem Verwandten

---

[10] Das über die Einrede des eigenen Verschuldens und des Dolus Bemerkte gilt auch für die Nichtigkeitsklage.

[1] Anstatt der Klage ist eine Beschwerde nicht statthaft; andererseits gegen den die Entmündigung ablehnenden Beschluß nur eine solche zulässig. Dasselbe gilt in entsprechender Weise von den folgenden Klagen unter G b, H a und b; jedoch findet eine Anfechtung des amtsgerichtlichen, die Entmündigung wegen Verschwendung aufhebenden Beschlusses nicht Statt. C. P. O. §. 625 Abs. 2.

[2] C. P. O. §. 606. Vgl. auch §. 594.

[3] Die geschehene Entmündigung hebt in dieser Hinsicht seine Proceßfähigkeit

zu. Wenn die entmündigte Person eine Ehefrau ist oder unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, so hat außer dem Entmündigten selbst nur der Ehemann, Vater oder Vormund die Klage. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen noch andere Personen in Gemäßheit der C. P. O. §. 595 den Antrag auf Entmündigung stellen und somit nach C. P. O. §. 605 auch Klage erheben können, bleiben unberührt. In allen Fällen, also auch wenn eine Ehefrau oder eine unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende Person entmündigt worden, ist auch der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgericht zur Klage befugt.[4]

Stellt ein Verwandter die Klage an, so braucht er nicht zu behaupten, daß die entmündigte Person nicht eine Ehefrau sei, wohl aber, daß sie weder unter väterlicher Gewalt noch unter Vormundschaft (natürlich abgesehen von der erst in Folge der angefochtenen Entmündigung angeordneten) stehe.

3) Beklagter ist der Staatsanwalt. Erhebt dieser die Klage, „so ist dieselbe gegen den Vormund des Entmündigten als Vertreter desselben zu richten.

Hat eine der im §. 595 Abs. 1" (der C. P. O.) „bezeichneten Personen die Entmündigung beantragt, so ist dieselbe unter Mittheilung der Klage zum Termine zur mündlichen Verhandlung" (durch die Partei) „zu laden. Dieselbe gilt im Falle des Beitritts im Sinne des §. 59" (der C. P. O.) „als Streitgenosse der Hauptpartei."[5]

---

nicht auf, da er ja deren Begründetsein bestreitet. Vgl. übrigens noch C. P. O. §. 609. Seine Erben müssen gleichfalls activ legitimirt sein, weil sie an der Anfechtung ein schutzbedürftiges Affectionsinteresse haben, sogar ein Vermögensinteresse haben können (C. P. O. §. 613 Abs. 2), der active Uebergang aller Klagen die Regel bildet, in Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift diese Regel anzuwenden ist, auch der Nichteintritt des activen Uebergangs um so weniger der Natur der Sache entspricht, als schon im öffentlichen Interesse eine mit Unrecht erfolgte Entmündigung beseitigt werden muß. Selbst wenn der Entmündete die Entmündigung als begründet anerkannt hat, dürften die Erben doch activ legitimirt sein, sie anzufechten. Dies ließe sich freilich nicht dadurch rechtfertigen, daß der Geisteskranke nicht anerkennen könne, weil der Grund dieses Einwandes eine Bestätigung der Geisteskrankheit wäre; wohl aber dadurch, daß der Gesunde nicht auf die Anfechtung verzichten dürfe.

[4] C. P. O. §§. 605 und 595. Nach der C. P. O. sind die Vormundschaftsbehörde, Verschwägerte, Vertragserben, Gläubiger u. d. m. nicht legitimirt, zu klagen, sie möchten denn nach bürgerlichem Recht dazu befugt sein. Dies bürgerliche Recht braucht nicht gerade älter, als die C. P. O., zu sein. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 105.

[5] C. P. O. §. 607.

Kläger muß im Fall der bezeichneten Ladung behaupten, daß die mitgeladene Person die Entmündigung beantragt habe.

4) Der Gegenstand der Klage ist die Aufhebung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses.[6] Der Staatsanwalt als Kläger kann nie mit Grund beantragen, daß der Gegner die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe.[7]

5) Grund der Klage ist die grundlos geschehene Entmündigung. Dies ist näher zu begründen. Dabei sind „die Ergebnisse der bei dem Amtsgerichte stattgehabten Sachuntersuchung, soweit es zur Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses erforderlich ist", (bei der mündlichen Verhandlung) „vollständig vorzutragen.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung, zu veranlassen."[8]

Neue Thatsachen und Beweismittel sind dabei unbeschränkt zulässig. Dies folgt theils aus dem obwaltenden öffentlichen Interesse, theils aus den sonstigen Bestimmungen der C. P. O. über die Zulässigkeit neuer Thatsachen und Beweismittel, theils auch aus den im §. 612 der C. P. O. für anwendbar erklärten §§. 598 und 599.[9]

6) Die Klage ist binnen der Frist eines Monats anzustellen.[10]

„Die Frist beginnt für den Entmündigten mit dem Tage, an welchem er von der Entmündigung Kenntniß erhalten hat, für die übrigen Personen mit der Bestellung des Vormundes und im Falle einer gesetzlichen Vormundschaft mit der Mittheilung des Beschlusses an den gesetzlichen Vormund."[11]

---

[6] C. P. O. §§. 605 und 613. Mit unserer Klage kann eine andere nicht verbunden werden, wie auch eine Widerklage unzulässig ist. C. P. O. §. 608. Ueber die Folgen der rechtskräftigen Aufhebung vgl. §. 613 Abs. 2 und Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 613 Note 3 und 4.

[7] C. P. O. §. 614 Abs. 2. S. dagegen in Beziehung auf Ehesachen, in denen der als Partei auftretende Staatsanwalt siegt, C. P. O. §. 591.

[8] C. P. O. §. 610.

[9] Vgl. auch l. 6 D. de cur. fur. (27; 10). Wenn die C. P. O. es nicht sagt, daß andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden könnten, so liegt der Grund offenbar nur darin, daß der vorgebrachte Klagegrund, die grundlos geschehene Entmündigung, der Natur der Sache nach unmöglich verändert werden kann, d. h. daß er als allgemeiner Grund doch wieder neue besondere Gründe mitumfaßt.

[10] Die Frist ist nicht eine Nothfrist. Vgl. darüber Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 605 Note 4.

[11] C. P. O. §. 605.

Kläger hat die Innehaltung dieser Frist näher darzulegen, da die Beobachtung derselben ein wesentliches Erforderniß der Klage ist.

7) Der Antrag geht aus der Bemerkung zu Ziffer 4 hervor.

b. Entmündigung wegen Verschwendung.

1) In Betreff des zuständigen Gerichts gilt das unter a 1 Bemerkte.[12]

2) Kläger ist der Entmündigte.[13]

3) „Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten."[14]

Es ist vom Kläger näher darzulegen, daß Beklagter der rechte Beklagte sei.

4) Hinsichtlich des Gegenstandes gilt das zu a 4 Angegebene.

5) Ebenso kann in Betreff des Grundes der Klage auf a 5 verwiesen werden, wenn auch §. 612 hier nicht gilt.[15]

6) Die Klage ist binnen eines Monats, angerechnet von der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten, zu erheben.[16] Kläger hat nachzuweisen, daß er diese Frist innegehalten habe.

7) Der Antrag folgt aus dem zu 4 Bemerkten.

§. 358.

H. Die Klage wegen Wiederaufhebung der Entmündigung.

a. Im Fall der Geisteskrankheit.

1) In Betreff der Zuständigkeit des Gerichts gilt das zu G a 1 Bemerkte; mit dem Unterschiede, daß es auf den Bezirk ankommt, worin dasjenige Amtsgericht, welches die Wiederaufhebung der Entmündigung abgelehnt hat, seinen Sitz hat.[1]

---

[12] C. P. O. §. 624 Abs. 4.

[13] C. P. O. §. 624 Abs. 1.

Es können die Erben nicht blos die erhobene Klage fortsetzen, sondern auch selbständig anstellen. Dies folgt schon aus dem nach §. 624 auch anwendbaren §. 613 Abs. 2. A. M. in Betreff der selbständigen Klagerhebung Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 624 Note 1.

[14] C. P. O. §. 624 Abs. 3.

[15] C. P. O. §. 624 Abs. 4.

[16] C. P. O. §. 624 Abs. 1 und 2.

[1] C. P. O. §. 620 Abs. 4.

2) Kläger ist der dem Entmündigten bestellte Vormund oder der Staatsanwalt.

„Will der Vormund die Klage nicht erheben, so kann[2] der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen."

Jenes Nichtwollen und diese Beiordnung sind zu behaupten.[3]

3) Beklagter ist der Staatsanwalt. Erhebt dieser die Klage, so ist dieselbe gegen den Vormund des Entmündigten als Vertreter desselben zu richten.[4]

4) Gegenstand der Klage ist die Wiederaufhebung der Entmündigung.[5] In Betreff der Kosten gilt das zu G a 4 Bemerkte.

5) Grund der Klage ist, daß, wie näher dargelegt werden muß, die Veranlassung zur Entmündigung hinfällig geworden, der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgericht aber abgelehnt[6] sei. Im Uebrigen gilt das zu G a 5 Bemerkte.

6) Der Antrag folgt aus der Angabe zu Ziffer 4.[7]

b. Im Fall der Verschwendung.

1) Hinsichtlich des zuständigen Gerichts gilt das zu a 1 Bemerkte.[8]

2) In Betreff des Klägers kommt von dem, was unter a 2 gesagt ist, nur die Abweichung vor, daß der Staatsanwalt nicht Kläger sein kann.[9]

---

[2] Das „kann" ist kein „muß". Im Fall der Weigerung könnte nach vergeblicher Beschwerde der Entmündigte nicht durch einen gewählten Vertreter klagbar werden. Im Fall des §. 609 liegt ein Müssen vor; aber auch das Recht des Entmündigten, sich selbst einen Anwalt als Vertreter zu wählen. Vgl. auch Seuffert, C. P. O., zu §. 620 Bem. 1.

[3] C. P. O. §. 620 Abs. 2 und 3. Die Erben des Entmündigten können die Klage weder erheben noch fortsetzen.

[4] C. P. O. §. 620 Abs. 4 und §. 607.

[5] C. P. O. §. 620 Abs. 1. Die Verbindung einer anderen Klage mit der vorliegenden, sowie eine Widerklage sind unzulässig. C. P. O. §. 620 Abs. 4 und §. 608.

[6] Gleichgültig ist es, ob die Ablehnung auf einer voraufgegangenen Untersuchung beruht oder nicht, ob sie mittels einer (übrigens unstatthaften) Beschwerde vergeblich angefochten ist oder nicht; dagegen muß sie von dem zuständigen Amtsgericht erklärt sein. Kläger hat diese Zuständigkeit auch zu behaupten; stellt sich bei der sonst begründeten Klage die Unzuständigkeit heraus, so müßte die Klage zur Zeit abgewiesen werden.

[7] Eine Frist zur Klagerhebung ist nicht vorgeschrieben.

[8] C. P. O. §. 626 Abs. 4.

[9] C. P. O. §. 626 Abs. 2.

3) „Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.“[10]

Es ist in der Klage zu behaupten, daß Beklagter die Entmündigung beantragt, bezw. daß der Antragsteller gestorben, sein Aufenthalt unbekannt oder er im Auslande sei.

4) Rücksichtlich des Gegenstandes gilt das zu a 4 Bemerkte.[11]

5) Desgleichen in Betreff des Grundes das zu a 5 Angegebene, wenn auch §. 612 hier nicht anwendbar ist.[12]

6) Der Antrag ergibt sich von selbst.[13]

§. 359.

I. Die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil im Aufgebotsverfahren.[1]

1) Bezüglich der Zuständigkeit des anzugehenden Landgerichts ist

---

[10] C. P. O. §. 626 Abs. 3.

[11] C. P. O. §. 626 Abs. 1.

[12] C. P. O. §. 626 Abs. 4.

[13] Eine Frist ist auch hier nicht zu beachten.

[1] Das Aufgebotsverfahren unseres §. 359 bezieht sich nicht auf die provocatio ad agendum ex lege Diffamari und die provocatio ad agendum ex lege Si contendat; nicht auf administrative Aufgebote im Gegensatz gegen gerichtliche, wie die von Verwaltungsbehörden in Gemäßheit der G. O. oder die von den Strandämtern (St. O. §§. 26 fg.) erlassenen; nicht auf unselbständige, wie im Concurse, im erbschaftlichen Liquidationsverfahren oder im Subhastationsverfahren; nicht auf Aufgebote ohne präclusivische Nachtheile, also nicht auf solche, bei denen es sich nur „um Herstellung einer Thatsache oder eines faktischen Zustandes oder um Verhütung des faktischen Existentwerdens nichtiger Rechtsverhältnisse handelt“ (Mot.); dagegen wohl auf Aufgebote, sofern es sich auch nicht um Urkunden handelt, wie im Fall einer auszusprechenden Todes-, bezw. Verschollenheitserklärung. C. P. O. §. 823. S. die Mot. Die Fragen, wann, unter welchen Voraussetzungen, von wem und mit welchen Wirkungen ein Aufgebot beantragt werden könne, sind im Allgemeinen nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Die C. P. O. regelt der Hauptsache nach nur das Verfahren; jedoch abgesehen von Wechseln und den im H. G. B. Art. 301 und 302 bezeichneten Urkunden, in Betreff welcher die C. P. O. auch materielles Recht enthält. Vgl. z. B. §. 838. — Im Uebrigen ist zum richtigen Verständniß der in den §§. 823 bis 850 der C. P. O. über das Aufgebotsverfahren enthaltenen Vorschriften in Ansehung des Verhältnisses derselben zu den Landesgesetzen vorweg besonders noch Folgendes zu bemerken:

I. 1) Die §§. 823—836 enthalten allgemeine Bestimmungen über alle Aufgebote.

2) Die §§. 837—850 enthalten besondere Bestimmungen lediglich über Ur-

anzugeben, daß in dessen Bezirke das Aufgebotsgericht (ein Amtsgericht) seinen Sitz habe.[2]

---

kunden, von denen vorzugsweise die §§. 838—848 und 850 nach §. 837 eine besondere Bedeutung für abhanden gekommene oder vernichtete Wechsel und die im H. G. B. Art. 301 und 302 bezeichneten Urkunden, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blancoindossament versehen sind, haben.

II. Es sind die zur Zeit des 1. October 1879 bestehenden Landesgesetze von den späteren zu trennen.

III. Es ist zu unterscheiden das Aufgebot:

1) wegen abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und wegen der im H. G. B. Art. 301 und 302 bezeichneten Urkunden;

2) wegen Urkunden, die auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blancoindossament versehen sind;

3) wegen anderer Urkunden;

4) in Fällen, in denen es sich nicht um Urkunden handelt.

Es können nun

A. durch neue Landesgesetze

a) im Fall zu III 1 die §§. 823—850 nicht verändert werden — §. 11 des E. G. zur C. P. O. —;

b) im Fall zu III 2 die §§. 823—842 und 850 verändert, dagegen die §§. 843—848 nur durch Aufstellung noch anderer oder schwererer Voraussetzungen modificirt werden;

c) im Fall zu III 3 die Vorschriften der §§. 823—850 verändert werden;

d) ebenso im Fall zu III 4 die Vorschriften der §§. 823—836;

B. während die älteren Landesgesetze in allen unter III 1—4 genannten Fällen außer Kraft getreten sind, soweit nicht bestimmt ist, daß sie unberührt blieben — §. 14 des E. G. zur C. P. O. — Vgl. C. P. O. §§. 823, 825, 827, 834 Ziffer 1, 2 und 5, 837 und 849. Insbesondere ist zu beachten, daß nach §. 837 die älteren Landesgesetze in Betreff des Falles unter III 3 den Bestimmungen der §§. 838—848 und 850 vorgehen und in Betreff des Falles unter III 2 dies in Ansehung der §§. 838—842 und des §. 850 ebenso der Fall ist, in Ansehung der §§. 843—848 jedoch nur dann, wenn die Landesgesetze noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufstellen.

Man vgl. übrigens zu dem Inhalt dieser Note die Mot. zu §§. 823—850; v. Wilmowski und Levy a. a. O., sowie Struckmann und Koch a. a. O. zu jenen Paragraphen.

[2] C. P. O. §. 834 Abs. 2.

Von der Höhe des Objects ist die Zuständigkeit des vorgesetzten Landgerichts nicht abhängig. Dessen Zuständigkeit ist der Natur der Sache nach eine ausschließliche, weil theils die Klage nur ein Ersatz eines nicht anwendbaren Rechtsmittels ist, theils ein nicht übergeordnetes Landgericht auch nicht berechtigt sein könnte, dem fremden Amtsgericht Vorschriften zu ertheilen.

Die Zuständigkeit kann für alle Fälle, ausgenommen für die im §. 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden, durch künftige Landesgesetze anders bestimmt werden. E. G. zur C. P. O. §. 11. Die in jenem Paragraphen bezeichneten Urkunden gehören

2) Kläger kann Jeder sein, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Ausschlußurtheil ganz oder zum Theil aufgehoben oder geändert werde; jedoch nicht der Antragsteller, da gegen letzteren die Klage zu richten ist. Dieser hat nur die sofortige Beschwerde.[3] Insbesondere kann der von dem allgemeinen Aufgebot betroffene unbekannte oder bekannte Gläubiger oder Gegner Kläger sein.

Das rechtliche Interesse hat Kläger genügend darzulegen.

3) Beklagter ist der Antragsteller.[4] Es ist also zu behaupten, daß das Ausschlußurtheil auf Antrag des Beklagten erlassen sei.

4) Gegenstand der Klage ist die näher darzulegende völlige oder theilweise (z. B. durch den Vorbehalt eines angemeldeten Rechts) vorzunehmende Aufhebung oder Abänderung des gerichtlichen Ausschlußurtheils im gerichtlichen selbständigen Aufgebotsverfahren. Ueber die unter Umständen erforderliche Bekanntmachung des auf die Anfechtungsklage ergangenen, die Kraftloserklärung aufhebenden Urtheils durch den Deutschen Reichsanzeiger s. C. P. O. §. 848. Da diese etwa erforderliche Bekanntmachung von Amtswegen zu veranlassen ist, braucht Kläger selbige in seiner Klage nicht zu berühren.

5) Das Ausschlußurtheil kann aus einem oder mehreren der folgenden genau anzugebenden Gründe angefochten werden:

a) wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz (Reichs- oder Landesgesetz, geschriebenes oder nicht geschriebenes, bestehendes oder künftig zu erlassendes) das Aufgebotsverfahren zuläßt[5];

b) wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots (durch Anheftung der Ausfertigung, nicht nur einer beglaubigten Abschrift an die Gerichtstafel, Einmalige Einrückung des ganzen Aufgebots, nicht blos eines Auszuges in dem Deutschen Reichsanzeiger; ferner, sofern nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat, durch

---

zu den im §. 11 erwähnten reichsgesetzlich bestimmten Fällen. Vgl. auch H. G. B. Art. 305; W. O. Art. 73.

Die älteren Landesgesetze über die Zuständigkeit sind durch §. 834 Abs. 2 beseitigt, weil selbiger nicht auf sie verweist, auch nicht bestimmt hat, daß sie nicht berührt würden. E. G. zur C. P. O. §. 14.

[3] Vgl. C. P. O. §. 231, §. 829 Abs. 3, §. 834.

[4] C. P. O. §. 834 Abs. 2. Was in Note 1 über die §§. 11 und 14 des E. G. zur C. P. O. bemerkt ist, gilt auch in Ansehung des Antragstellers als Beklagten.

[5] Ein landesherrlich bestätigtes Statut kann nach Landesrecht als Gesetz zu behandeln sein. Dagegen kann ein einfacher Vertrag nie als Gesetz gelten. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 823 Note 1.

Durch das künftige Landesgesetz dürfen die Fälle des §. 837 Abs. 1 nicht beseitigt oder beschränkt werden.

zweimalige Einrückung des Auszuges in das Blatt, welches für den Sitz des Proceßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist[6]) oder eine in dem Gesetz (einem besonderen Reichs- oder Landesgesetz) vorgeschriebene Art der Bekanntmachung (einer privaten wie öffentlichen) unterblieben ist[7];

c) wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist (ein Zeitraum von mindestens 6 Wochen zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermin, sofern das Gesetz (das Specialgesetz) nicht eine abweichende Anordnung enthält[8]), nicht gewahrt ist[9];

---

[6] C. P. O. §§. 825 und 187.

[7] Wenn es sich um ein Aufgebotsverfahren zum Zweck der Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Art. 301 und 302 des H. G. B. bezeichneten Urkunden handelt, so erfolgt die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots (nicht eines bloßen Auszuges), durch Anheftung an die Gerichtstafel und in dem Locale der Börse, wenn eine solche am Sitze des Aufgebotsgerichts besteht, sowie durch dreimalige Einrückung in die in der C. P. O. §. 187 Abs. 2 bezeichneten Blätter. Das Gericht kann anordnen, daß die Einrückung (des vollständigen Aufgebots oder auch nur eines Auszuges) noch in anderen Blättern und zu mehreren Malen erfolge.

Diese Bestimmungen finden in Betreff anderer Urkunden, bezüglich welcher das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, so weit Anwendung, als in dem möglicherweise auch künftigen Gesetze nicht besondere Vorschriften enthalten sind. C. P. O. §§. 837, 842.

[8] C. P. O. §. 827.

[9] Bei den in der Note 7 Abs. 1 angegebenen Urkunden muß zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermin ein Zeitraum von mindestens 6 Monaten liegen.

Bei den in der Note 7 Abs. 2 genannten anderen Urkunden gilt dieselbe Vorschrift. Jedoch können,

a) wenn diese auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blancoindossament versehen sind, mit Ausnahme der in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragenen, noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufgestellt werden.

Und b) in Betreff der anderen nicht unter a fallenden Urkunden gilt dieselbe Vorschrift nur, sofern die jetzige oder künftige Gesetzgebung keine Abweichungen anordnen.

C. P. O. §§. 847, 849, 837. Im Uebrigen bestimmen die §§. 843—846 der C. P. O. noch Folgendes:

„Bei Werthpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben der erste einer seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ausgegebenen Reihe von Zinsscheinen oder Gewinnantheilscheinen fällig geworden ist und seit der Fälligkeit desselben sechs Monate abgelaufen sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein nach Ablauf

d) wenn der erkennende Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war[10];

e) wenn ein Anspruch oder ein Recht ungeachtet der erfolgten Anmeldung nicht dem Gesetze gemäß in dem Urtheile berücksichtigt ist (wobei man zu beachten hat, daß eine Anmeldung, welche nach dem Schluß des Aufgebotstermins, jedoch vor Erlassung des Ausschlußurtheils erfolgt, als eine rechtzeitige anzusehen ist[11] und daß, wenn eine Anmeldung erfolgt, durch welche das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird, nach Beschaffenheit des Falles entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das an-

---

dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ihr zur Ausgabe neuer Scheine nicht vorgelegt sei und daß die neuen Scheine an einen Anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien."

C. P. O. §. 843.

„Bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine zuletzt für einen längeren Zeitraum als vier Jahre ausgegeben sind, genügt es, wenn der Aufgebotstermin so bestimmt wird, daß bis zu demselben seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes von den zuletzt ausgegebenen Scheinen solche für vier Jahre fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten derselben sechs Monate abgelaufen sind. Scheine für Zeitabschnitte, für welche keine Zinsen oder Gewinnantheile bezahlt werden, kommen nicht in Betracht.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die für die bezeichneten vier Jahre und später etwa fällig gewordenen Scheine ihr von einem Anderen als dem Antragsteller nicht vorgelegt seien. Hat in der Zeit seit dem Erlasse des Aufgebots eine Ausgabe neuer Scheine stattgefunden, so muß das Zeugniß auch die im §. 843 Abs. 2 bezeichneten Angaben enthalten."

C. P. O. §. 844.

„Bei Werthpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben sind, aber nicht mehr ausgegeben werden, ist, wenn nicht die Voraussetzungen der §§. 843, 844 vorhanden sind, der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines sechs Monate abgelaufen sind."

C. P. O. §. 845.

„Ist in einer Schuldurkunde eine Verfallzeit angegeben, welche zur Zeit der ersten Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger noch nicht eingetreten ist, und sind die Voraussetzungen der §§. 843—845 nicht vorhanden, so ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß seit dem Verfalltage sechs Monate abgelaufen sind."

C. P. O. §. 846.

[10] C. P. O. §. 41.

[11] C. P. O. §. 828.

gemeldete Recht auszusetzen, oder in dem Ausschlußurtheil das angemeldete Recht vorzubehalten ist[12];

f) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Restitutionsklage wegen einer strafbaren Handlung stattfindet (welche oben im §. 356 unter 5 zu 1—5[13] angegeben sind).[14]

6) Endlich hat Kläger anzugeben, daß er die angeordnete, von Amtswegen zu berücksichtigende Nothfrist beobachtet habe. Die Anfechtungsklage ist nämlich binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben.

„Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Kläger Kenntniß von dem Ausschlußurtheile erhalten hat, in dem Falle jedoch, wenn die Klage auf einem der im §. 834 Nr. 4, 6" (soeben unter 5 d und f) „bezeichneten Anfechtungsgründe beruht und dieser Grund an jenem Tage noch nicht zur Kenntniß des Klägers gelangt war, erst mit dem Tage, an welchem der Anfechtungsgrund dem Kläger bekannt geworden ist."[15]

„Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Verkündigung des Ausschlußurtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft."[16]

Kläger braucht den Nichtablauf dieser zehn Jahre nicht zu behaupten, vielmehr ist es Sache des Beklagten, die nicht von Amtswegen zu ergänzende Einrede der Verjährung vorzuschützen.

7) Der Antrag ist dem zu Ziffer 4 Bemerkten entsprechend.[17]

§. 360.

K. Die Klage auf Anfechtung eines Schiedsspruchs.[1]

Zur Begründung ist Folgendes hervorzuheben:

1) Es sei das angegangene Gericht zuständig

---

[12] C. P. O. §. 830.

[13] C. P. O. §. 543 Ziffer 1—5.

[14] C. P. O. §. 834 Abs. 2 Ziffer 1—6.

[15] C. P. O. §. 835 Abs. 1.

[16] C. P. O. §. 835 Abs. 2.

[17] Es wird noch darauf hingewiesen, daß gegen das Ausschlußurtheil nur die im Text behandelte Klage, nicht ein Rechtsmittel stattfindet. C. P. O. §. 834 Abs. 1. Der Ausdruck „Rechtsmittel" hat hier offenbar den weiteren Sinn, so daß auch ein Einspruch (Mot.) und auch wohl die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage (vgl. §. 834 Abs. 2) nicht statthaft sind. v. Wilmowski und Levy a. a. O. zu §. 834. Seuffert, C. P. O., zu §. 834 Bem. 1.

[1] Die erfolgreiche Anfechtung des Schiedsspruchs hat an sich noch nicht die Folge, daß das schiedsrichterliche Verfahren überhaupt zur Entscheidung des Streits ganz wegfallen müsse. Vgl. C. P. O. §. 859.

a) als dasjenige Amtsgericht oder das Landgericht, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrage als solches bezeichnet worden, oder

b) als das Amtsgericht, oder als das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.[2]

2) Kläger sei als die im schiedsrichterlichen Verfahren verletzte Partei activ zur Sache legitimirt.

3) Beklagter sei als die Gegenpartei passiv zur Sache legitimirt.

4) Der Gegenstand der Klage sei die Aufhebung des Schiedsspruchs und eines etwaigen Vollstreckungsurtheils.[3]

5) Der Grund zur Klage liege darin, daß

a) daß Verfahren unzulässig gewesen[4];

oder

---

[2] C. P. O. §. 871. Beklagter kann gegen den Fall unter b einwenden, daß durch einen schriftlichen Schiedsvertrag ein anderes Gericht, als das angegangene, als ausschließlich zuständiges bezeichnet sei oder daß eine Partei oder das Schiedsgericht sich zuerst an ein anderes zuständiges Gericht gewandt habe.

[3] C. P. O. §§. 867—870.

[4] Im Ganzen oder Einzelnen, z. B. weil der Schiedsvertrag ungültig oder außer Kraft getreten sei, oder die Schiedsrichter nicht gesetzlich ernannt, bezw. gültige Vereinbarungen der Parteien über das Verfahren nicht beachtet seien. C. P. O. §. 860. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 867 Note 3 beschränken die fragliche Unzulässigkeit des Verfahrens „auf das Verfahren im Ganzen". S. dagegen v. Wilmowski und Levy a. a. O. zu §. 867.

Zur Gültigkeit eines Schiedsvertrages ist Folgendes erforderlich:

1) Es muß ein Vertrag vorliegen, wobei die Legitimation eines Vertreters nach dem materiellen Recht, nicht nach §. 77 der C. P. O., zu ermessen ist;

2) über die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, mag letztere eine gegenwärtige oder künftige sein.

3) Die Parteien müssen über den Gegenstand des Streits einen Vergleich schließen können (vgl. auch l. 32 §. 6 und 7 D. de rec. [4; 8]). Indessen kann der, welcher einen Vergleich schließen kann, deshalb nicht schon auch einen Schiedsvertrag eingehen.

4) Die Entscheidung muß durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen sollen, mögen sie im Schiedsvertrage ernannt sein oder nicht.

5) Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten muß auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich beziehen. C. P. O. §§. 851, 852, 854. Das 10. Buch der C. P. O., welches vom schiedsrichterlichen Verfahren handelt, übrigens auch viele materielle Vorschriften enthält (vgl. Struckmann und Koch a. a. O. S. 731 und 732), findet nach dem §. 872 auch auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise (nach Reichs- oder Landesgesetzen) durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen (privater Natur) angeordnet werden, entsprechende Anwendung.

Die Vorschriften der C. P. O. über das schiedsrichterliche Verfahren beziehen sich nicht auf bloße Schätzungen von Taxatoren oder Arbitratoren (im Gegensatz

b) der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurtheilt habe, deren Vornahme verboten sei;

oder

c) die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen, wogegen eingewandt werden kann, daß sie die Proceßführung ausdrücklich oder stillschweigends genehmigt habe;

oder

d) der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt sei;

oder

e) der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen sei;

oder

f) die Voraussetzungen vorlägen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des §. 543 der C. P. O. die Restitutionsklage stattfinde.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus den unter d und e erwähnten Gründen nicht Statt, wenn die Parteien ein Anderes vereinbart haben.[5] Beklagter hat dies einredeweise geltend zu machen.

6) Eine Frist ist im Allgemeinen nicht angeordnet.

„Nach Erlassung des Vollstreckungsurtheils kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nur aus den im §. 867 Nr. 6" (der C. P. O., soeben unter 5 f) „bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen." C. P. O. §. 869.

Im Falle dieses §. 869 nun ist die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs „binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener

---

gegen Entscheidungen der Schiedsrichter — vgl. über den Unterschied der Schiedsrichter von den Arbitratoren Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 29 —; nicht auf schiedsrichterliche Entscheidungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Administration; nicht auf Vergleichsvermittelungen durch die als Schiedsmänner angestellten Beamten; und nicht auf Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten durch die als öffentliche Behörden eingesetzten Schiedsgerichte.

Das Erforderniß unter 5 bezieht sich nicht auf eine künftige Rechtsstreitigkeit oder auf gegenwärtige Rechtsstreitigkeiten, weil in diesen beiden Fällen eine hinlängliche Bestimmtheit ohnehin vorhanden ist.

[5] C. P. O. §. 867. Daß der Schiedsspruch nicht dem arbitrium viri boni entspricht, genügt weder nach der C. P. O. noch nach Röm. Recht zur Anfechtung. L. 76 D. pro soc. (17; 2). Der Schiedsrichter ist im Allgemeinen weder an das materielle Recht, noch an das gesetzliche processualische Verfahren gebunden. C. P. O. §. 860. Seuffert, C. P. O., zu §. 860 Bem. 1 und 2.

Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft."[6]

Der im §. 869 verlangte Nachweis, daß der Grund der Klage nicht geltend gemacht werden konnte und die Innehaltung der Nothfrist eines Monats würden gegen die Einrede der Erlassung eines Vollstreckungsurtheils und daher der Unstatthaftigkeit der Klage noch in der Replik vorgebracht werden können; vorausgesetzt, daß die Aufhebung des Schiedsspruchs aus einem der im §. 867 Nr. 6 bezeichneten Gründe beantragt wäre. Wenn Kläger selbst schon in seiner Klage die Erlassung eines Vollstreckungsurtheils eingeräumt hat, so muß er auch schon in der Klage behaupten, daß er ohne sein Verschulden außer Stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen und daß die Nothfrist beobachtet sei.

7) Der erforderliche Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu 4.

§. 361.

L. Die Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurtheils.

Dieselbe, eine actio judicati, kommt in zwei Fällen vor:

a) aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts,

b) aus einem Schiedsspruch.

Zu a. Zur Begründung der Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurtheils (als Erforderniß der Zwangsvollstreckung) aus dem Urtheile eines ausländischen (nicht Deutschen) Gerichts ist Nachstehendes hervorzuheben:

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Ausschließlich[1] zuständig „ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht —, bei welchem in Gemäßheit des §. 24" (der C. P. O.) „gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann."[2]

2) Die Legitimation des Klägers zur Sache. Als Kläger kann diejenige Partei auftreten, zu deren Gunsten das Urtheil des ausländischen Gerichts lautet. Dies kann auch der frühere Beklagte sein, z. B. wenn Kläger ihm die Proceßkosten zu erstatten hat, oder eine Widerklage vorgebracht war.

---

[6] C. P. O. §. 870.

[1] C. P. O. §. 707.

[2] C. P. O. §. 660. Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts oder des Landgerichts ist nach den gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen; und zwar mit Rücksicht auf den Gegenstand der Verurtheilung, nicht der ursprünglichen Klage. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 660 Note 4.

3) Die Legitimation des Beklagten zur Sache. Beklagter ist der frühere Gegner des jetzigen Klägers.

4) Der Gegenstand der Klage. Dies ist die Erlassung eines Vollstreckungsurtheils aus dem Urtheile des ausländischen Gerichts, nicht die mit der Vollstreckungsclausel zu versehende Ausfertigung jenes Urtheils, indem letztere, die zur Zwangsvollstreckung berechtigt, erst nach eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils erwirkt werden kann, es möchte letzteres denn für vorläufig vollstreckbar erklärt und daher schon vor Eintritt der Rechtskraft die Erwirkung der Vollstreckungsclausel möglich sein.[3]

5) Der Grund der Klage. Dies ist das nicht erfüllte Urtheil des ausländischen Gerichts.

Es muß sich namentlich also handeln:

a) um ein Urtheil, nicht um eine bloße Verfügung u. d. m.,

b) eines Gerichts, nicht einer Verwaltungsbehörde, eines Schiedsmannes u. s. w.,

c) und zwar eines ausländischen, nicht eines Deutschen Gerichts, indem es bei Urtheilen Deutscher Gerichte nicht eines Vollstreckungsurtheils bedarf.

Das Vorhandensein dieser Erfordernisse ist darzulegen.

Die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung ist nicht zu prüfen, mithin auch nicht zu begründen.

Das Vollstreckungsurtheil ist aber nicht zu erlassen:

„1. wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat[4];

2. wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf[5];

3. wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört[6];

4. wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf

---

[3] C. P. O. §§. 660 und 662.

[4] Vorläufige Vollstreckbarkeit genügt nicht. Seuffert, C. P. O., zu §. 661 Bem. 3.

[5] Vgl. G. V. G. §. 159.

[6] Der inländische Richter hat auch zu prüfen, ob die thatsächlichen Grundlagen für die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ausreichend waren; ferner ob das fragliche ausländische Gericht, im Gegensatz gegen irgend ein Gericht des betreffenden Staates, die Zuständigkeit hatte. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 661 Anm. 6.

den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist;

5. wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist."[7]

Die Erfordernisse unter 1, 3, 4 und 5 hat Kläger zu behaupten; dagegen nicht auch das unter 2, weil die Unstatthaftigkeit der Erzwingbarkeit als singuläre, vom Beklagten (übrigens wegen eines öffentlichen Interesses auch von Amtswegen) geltend zu machende Ausnahme erscheint. Wenn auch noch aus anderen Gründen, als den unter 1—5 hervorgehobenen, die Erlassung eines Vollstreckungsurtheils versagt werden kann, z. B. wegen eines nach Abgebung des Urtheils des ausländischen Gerichts geschlossenen Vergleichs, acceptirten Verzichts, wegen einer nachher geleisteten Zahlung u. d. m.[8], so ist es doch nicht Sache des Klägers, dergleichen Einwendungen in seiner Klage zu bestreiten.

6) Der Antrag. Dieser geht dahin, ein Vollstreckungsurtheil aus dem Urtheil des ausländischen Gerichts zu erlassen.

Zu b. Zur Begründung gehört:

1) Hinsichtlich der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts die Behauptung, daß dieses (Amtsgericht oder Landgericht)

a) in dem schriftlichen Schiedsvertrage als zuständig bezeichnet sei, oder

b) für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.[9]

2) Kläger hat sich activ zur Sache zu legitimiren, also zu behaupten, daß der Schiedsspruch zu seinen Gunsten laute.

3) Beklagter ist sein Gegner im schiedsrichterlichen Verfahren.

4) Gegenstand der Klage ist die Abgebung eines Vollstreckungsurtheils aus dem Schiedsspruche.[10]

---

[7] C. P. O. §. 661. Der Ausdruck „verbürgt" ist im weitesten Sinne aufzufassen, so daß selbst eine blos thatsächliche, auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht — im Gegensatz gegen Staatsverträge — beruhende Vollstreckung Deutscher Urtheile genügt. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 661 Note 10 und zu §. 106 Note 4. E. d. R. G. i. C. 7. B. Nr. 124. Nach dieser Entscheidung des Reichsgerichts ist aber die Gegenseitigkeit nicht mehr vorhanden, wenn das ausländische Gericht auch die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung in einem weiteren Maße prüft, als das Deutsche Gericht dazu berechtigt sein würde.

[8] Es liegt in der Natur der Sache, daß die in der C. P. O. §§. 686 und 687 erwähnten Einwendungen auch gegen die vorliegende Klage müssen vorgebracht werden können.

[9] C. P. O. §. 871. Ueber die im Fall unter b möglichen Einreden s. oben §. 360 Note 2.

[10] C. P. O. §. 868. Vgl. auch unten §. 362 Note 17.

5) Der Grund der Klage ist der nicht erfüllte rechtskräftige[11], ausländische wie inländische Schiedsspruch. „Das Vollstreckungsurtheil ist nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann."[12]

Diese Gründe sind die im §. 360 unter 5 a—f genannten. Es ist nicht Sache des Klägers, das Fehlen dieser Mängel zu behaupten, sondern Sache des Beklagten, das Vorliegen eines solchen Grundes geltend zu machen. Während es sich in den Fällen der C. P. O. §. 661 Ziffer 1, 3—5 um besondere Erfordernisse handelt, die also Kläger zu behaupten hat, fallen die Gründe des §. 867 unter den Gesichtspunkt von Versehen des Schiedsrichters oder Mängeln oder Ausnahmen, die demnach Beklagter geltend machen muß.

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß nicht auch von Amtswegen der bezügliche Grund berücksichtigt werden dürfte. Dies kann und muß geschehen, sobald ein Grund für die Anwendung der Officialmaxime, wie ein öffentliches Interesse, vorliegt.[13]

6) Der Antrag ist dahin zu richten, ein Vollstreckungsurtheil aus dem Schiedsspruche abgeben zu wollen.

§. 362.

M. Verschiedene sonstige Klagen bezüglich des schiedsrichterlichen Verfahrens.

Der §. 871 der C. P. O. nennt als sonstige Klagen, außer den Klagen auf Aufhebung eines Schiedsspruchs und Erlassung eines Vollstreckungsurtheils aus dem Schiedsspruche, diejenigen, welche

---

[11] Die Rechtskraft tritt ein, wenn der unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern unterschriebene, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zugestellte Schiedsspruch unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niedergelegt ist. C. P. O. §§. 865 und 866. Diese Zustellung muß von den Schiedsrichtern veranlaßt sein. E. d. R. G. i. C. 5 B. Nr. 114. Fehlt es an der vorschriftsmäßigen Unterschrift, Zustellung oder Niederlegung, so kann ein Vollstreckungsurtheil nicht abgegeben werden. Vgl. die Mot. und Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 865 und §. 868 Note 2. Kläger hat die Beobachtung dieser Formvorschriften zu behaupten. In Ansehung eines ausländischen Schiedsspruchs würde übrigens an der aufgestellten Regel: „Locus regit actum" festzuhalten sein.

Haben die Parteien einen Instanzenzug beliebt, so tritt die Rechtskraft erst ein, wenn überdies dieser erschöpft oder nicht rechtzeitig beschritten ist. Aus §. 866 folgt nicht die Unzulässigkeit eines Instanzenzuges. Aus den Mot. folgt auch nur die Unzulässigkeit eines gesetzlichen Rechtsmittels (der Berufung u. s. w.).

[12] C. P. O. §. 868 Abs. 2.

[13] Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 868 Note 2.

a) die Ernennung oder

b) die Ablehnung eines Schiedsrichters,

c) das Erlöschen eines Schiedsvertrages,

d) die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens

zum Gegenstande haben.

Diese vier Klagen können nicht nur als affirmative, sondern auch als negative vorkommen; ersteres, sofern es sich um die vorzunehmende Ernennung, anzuerkennende Ablehnung, Erlöschung und Unzulässigkeit handelt; letzteres, wenn anerkannt werden soll, daß kein Grund zu einer Ernennung, Ablehnung, Erlöschung und Unzulässigkeit vorliege.

In der affirmativen Klage ist zu behaupten:

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. In dieser Hinsicht gilt das im §. 361 unter b 1 Bemerkte.[1]

2) Die Activlegitimation des Klägers zur Sache, welcher eine der beiden Parteien, sei es der vermeintlich Berechtigte oder der angeblich Verpflichtete, oder auch ein Schiedsrichter, falls dieser ein rechtliches Interesse, zu klagen, hat, sein kann.

3) Die Passivlegitimation des Beklagten, d. i. der Gegenpartei oder beider Parteien oder eines Schiedsrichters oder des letzteren und einer Partei.

4) Der Gegenstand. Dieser ist die von dem Beklagten oder den mehreren Mitbeklagten als für sie verbindlich anzuerkennende

a) gerichtliche Ernennung eines Schiedsrichters,

b) Ablehnung eines solchen,

c) Entscheidung, daß der Schiedsvertrag erloschen sei,

oder

d) Entscheidung, daß das schiedsrichterliche Verfahren unzulässig sei.

5) Der Grund. Dies ist:

A. bei der Klage auf Ernennung eines Schiedsrichters:

a) Die Thatsache, daß der genügend zu bezeichnende Rechtsstreit überhaupt schiedsrichterlich erledigt werden soll, mag nun ein gültiger Schiedsvertrag vorliegen oder mag dies in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere, nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet sein. Es ist dabei vom Kläger näher anzugeben, daß ein gültiger Schiedsvertrag oder eine gültige letztwillige oder sonstige Verfügung (z. B. ein Statut) vorliege.[2]

b) Die Thatsache, daß Beklagter einen oder mehrere Schiedsrichter zu ernennen habe, wobei zu beachten ist, daß, wenn in dem Schiedsver-

---

[1] C. P. O. §. 871.

[2] Vgl. C. P. O. §§. 851, 852 und 872.

trage eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten ist, von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt wird.[3] Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Uebernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, einen anderen zu bestellen.[4]

c) Die Thatsache, daß Kläger die ihm etwa obliegende Ernennung eines Schiedsrichters erfüllt und dem Beklagten den Schiedsrichter schriftlich bezeichnet habe.[5] Dieses Erforderniß gilt natürlich nicht für den Fall, daß nach dem Schiedsvertrage u. s. w. Beklagter zuerst oder allein einen oder mehrere Schiedsrichter zu ernennen hat.

d) Die Thatsache, daß Kläger den Beklagten aufgefordert habe, binnen einer einwöchigen Frist einen Schiedsrichter, bezw. einen anderen Schiedsrichter zu bestellen.[6] Diese Aufforderung braucht nicht schriftlich zu geschehen[7]; sie kann auch von der schriftlichen Bezeichnung des vom Kläger ernannten Schiedsrichters getrennt werden.

e) Die Thatsache, daß Beklagter die angegebene Frist fruchtlos habe ablaufen lassen.[8]

B. Bei der Klage auf Ablehnung eines Schiedsrichters:

a) dasselbe, was unter A a bemerkt ist;

b) die Thatsache, daß der näher anzugebende Schiedsrichter ernannt sei, einerlei, ob im Schiedsvertrage oder von einer der Parteien;

c) der eigentliche Ablehnungsgrund, und zwar entweder

aa) ein gleicher Grund und unter denselben Voraussetzungen, wie beim Richter[9],

oder

bb) der Umstand, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

cc) Ueberdies können Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, abgelehnt werden.[10]

---

[3] C. P. O. §. 854.

[4] C. P. O. §. 857.

[5] C. P. O. §. 855.

[6] C. P. O. §§. 855 und 857.

[7] Daselbst. A. M. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 855 und Seuffert, C. P. O., zu §. 855 Bem. 1.

[8] C. P. O. §. 855.

[9] C. P. O. §§. 41—44. Der Richter muß in den Fällen des §. 41 Ziffer 1—6 von Amtswegen zurücktreten; ein Schiedsrichter nicht.

[10] C. P. O. §. 858.

C. Bei der Klage, welche das Erlöschen eines Schiedsvertrages zum Gegenstande hat:

a) das unter A a Bemerkte;

b) die Behauptung, daß der Schiedsvertrag außer Kraft trete, insbesondere

aa) weil bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt seien und ein Schiedsrichter gestorben sei oder aus einem anderen Grunde wegfalle oder die Uebernahme des Schiedsrichteramts verweigere oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktrete oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögere;

oder

bb) weil die Schiedsrichter den Parteien angezeigt hätten, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.[11] Beklagter kann dagegen den Einwand erheben, daß für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen sei.[12]

D. Bei der Klage, welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens zum Gegenstande hat, ist diese Unzulässigkeit zu behaupten, insbesondere daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe (z. B. weil die Parteien über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen nicht berechtigt gewesen seien), oder daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe, oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei (z. B. von zwei zu einem gemeinsamen Handeln zu ernennenden Schiedsrichtern erst einer ernannt worden und allein handeln wolle).[13]

6) Der Antrag. Derselbe ergibt sich aus den Angaben zu 4.

Wenn die vorstehenden vier Klagen als negative erhoben werden, so ergibt sich das Erforderliche in Betreff der Klagbegründung im Allgemeinen von selbst. Dabei ist namentlich der §. 231 der C. P. O. und der Grundsatz zu beachten, daß Kläger nicht solche Thatsachen zu behaupten braucht, deren Gegentheil einredeweise geltend zu machen ist. Der §. 871 der C. P. O. bezieht sich nur auf die affirmativen Klagen.

---

[11] C. P. O. §. 859. Früher konnten und mußten die Schiedsrichter dann einen Obmann erwählen. L. 17 §. 6 D. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant (4; 8). C. 39 X. de off. et pot. jud. del. (1; 29). C. 61 X. de appell. (2; 28). Vgl. aber auch l. 17 §. 5 D. (4; 8) und c. 12 X. de arbitris (1; 43).

[12] C. P. O. §. 859.

[13] C. P. O. §. 863.

Die Vorschriften über letztere können aber z. Th. analog angewandt werden.

Zu den angegebenen Klagen der C. P. O. kommt noch die Römische actio de recepto hinzu. Die Anwendbarkeit dieser dem materiellen Recht angehörenden Klage zu bezweifeln, dazu liegt kein genügender Grund vor. Der Umstand, daß nach dem §. 859 der C. P. O. der Schiedsvertrag außer Kraft tritt, wenn ein Schiedsrichter von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert, steht nicht entgegen. Denn theils gilt diese Vorschrift nur dann, wenn nicht durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist und diese Vorsorge könnte auch darin bestehen, daß der Schiedsrichter zur Erfüllung seiner Pflichten mit der actio de recepto anzuhalten sei. Theils würde auch, wenn der Schiedsvertrag außer Kraft treten sollte, der Schiedsrichter doch wegen seines vertragswidrigen Verhaltens ersatzpflichtig bleiben. Ferner gilt §. 859 auch nur für den Fall, daß der Schiedsrichter im Schiedsvertrage ernannt ist. Wenn nicht und der nicht im Schiedsvertrage ernannte Schiedsrichter die Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigert, hat die Partei, welche ihn ernannt hat, nach §. 857 auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. So lange diese Aufforderung nicht ergangen ist, stände der actio de recepto nichts im Wege; auch nichts nach der Aufforderung, wenn die andere Partei die Frist von einer Woche bis zur Erledigung der Sache verlängert hätte; endlich auch nichts in Ansehung einer Klage auf Schadensersatz.[14] Schließlich muß ich auch den Gesichtspunkt eines aufkündbaren Mandats in Ansehung des Rechtsverhältnisses zwischen den Compromittenten und dem Schiedsrichter verwerfen. Wenn Einige — vgl. Gruchot, Beiträge, XVI. Jahrgang (Berlin 1872), S. 34—38 — darauf hin dem letzteren eine Aufkündigung gestatten und nur eine solche zur Unzeit ohne rechtfertigenden Grund ausschließen, so widerspricht dies dem Römischen Recht — l. 15, 16, 17 pr. §. 1 D. h. t. —. Danach ist auch eine zeitige Aufkündigung unstatthaft und nur aus besonderen Gründen eine solche überall zulässig. Wäre der Gesichtspunkt eines Mandats zutreffend, so hätte es auch nicht erst der Einführung der actio de recepto durch den Prätor bedurft. Von einem Mandat kann deshalb keine Rede sein, weil dies voraussetzen würde, daß die Mandanten auch selbst ihren Streit entscheiden könnten, dies aber nicht möglich ist. Wozu ein Mandant nicht legitimirt ist, kann auch der Mandatar nicht legitimirt sein.

---

[14] Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §§. 857 Note 4 und 859 Note 3.

Zur Begründung der actio de recepto ist nun Folgendes anzugeben:

1) Die Kläger seien als die streitenden Parteien oder als eine derselben activ zur Sache legitimirt. Wenn beide Parteien es wollen, daß der Schiedsrichter seine übernommenen Pflichten erfülle, können beide als active Streitgenossen klagen; es kann aber auch eine Partei klagen. Wenn es sich um Schadensersatz wegen Vertragsbruchs handelt, kann die beschädigte Partei klagen, mithin auch beide Parteien als Streitgenossen, sofern sie beide beschädigt sind.[15]

2) Beklagter sei als Schiedsrichter (arbiter) passiv zur Sache legitimirt. Sind mehrere Schiedsrichter in gleicher Lage, so sind sie als passive Streitgenossen zu belangen. Wenn einer von mehreren allein vertragswidrig handelt, so ist er allein in Anspruch zu nehmen.

3) Es handle sich um Ausführung des übernommenen Schiedsrichteramtes oder um eine solche binnen zu bestimmender Frist oder um Ersatz des zu specificirenden Schadens.[16]

4) Der Grund der Klage bestehe darin, daß Beklagter den Klägern oder dem Kläger gegenüber unter deren oder dessen Acceptation die schiedsrichterliche Entscheidung des obwaltenden Streits übernommen habe[17], aber sich weigere, dieser Pflicht nachzukommen oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögere, bezw. daß dadurch oder weil wegen seiner Verweigerung oder Verzögerung der Schiedsvertrag außer Kraft getreten sei, dem Kläger der specificirte Schaden verursacht worden.

5) Demnach werde beantragt, den Beklagten, bezw. die Beklagten zu verurtheilen, seine, bezw. ihre schiedsrichterlichen Pflichten (in Verbindung mit den etwaigen übrigen die Erfüllung ihrer Pflichten nicht ver-

---

[15] Nach Röm. Recht erlischt der Schiedsvertrag mit dem Tode einer Partei, wenn er nicht ausdrücklich die Erben beider Parteien mitumfaßt hat. L. 32 §. 3, l. 49 §. 2 D. h. t. Jetzt wäre nach der C. P. O. der Tod einer Partei unerheblich; es möchte denn das Gegentheil bestimmt sein. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 859 Note 2, sowie die Mot.

[16] Vgl. l. 3 §. 1, l. 15, 32 §. 12 D. h. t.

[17] L. 3 §. 1, l. 13 §. 2 D. h. t. Nach Vorjustinianeischem Recht war das auf einem s. g. pactum praetorium beruhende — l. 3 §. 1, l. 15 D. h. t. — receptum des Schiedsrichters nur bindend, wenn die Parteien eine poena für den Fall ihres Ungehorsams compromittirt oder bei ihm zum Zweck der Auslieferung an den Sieger eine Sache deponirt oder doch Erfüllung des Schiedsspruchs durch Stipulation zugesagt hatten (l. 3 §. 2, l. 11 §. 1 und 2, l. 27 §. 7, l. 28, l. 32 pr. §. 1—3 D. h. t.), weil sonst das Urtheil des Schiedsrichters nicht mittels Klage erzwingbar war. Ueber Justinian's Aenderungen s. c. 4 und 5 C. de receptis arbitris (2; 55) und Nov. 82 c. 11. Da jetzt stets eine Klage stattfindet, ist das receptum auch ohne Vereinbarung über eine Conventionalstrafe u. s. w. immer verbindlich.

weigernden Schiedsrichtern[18]) zu erfüllen[19] oder sie binnen einer vom Richter festzusetzenden Frist[20] zu erfüllen, bezw. dem Kläger den angegebenen Schaden zu ersetzen.

§. 363.

N. Die Klagen auf Ertheilung[1], bezw. Nichtertheilung oder Aufhebung der Vollstreckungsclausel oder Aufhebung eines Vollstreckungsbefehls.[2]

Diese in Ansehung ihrer richtigen Auffassung und klaren Darstellung vor Allem Schwierigkeiten bereitenden Klagen sind entweder eine affirmative des Gläubigers oder eine negative des Schuldners.

Zu ihrer Begründung ist Folgendes vorzubringen:

I. Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts.

Das angegangene Gericht sei ausschließlich[3] zuständig:

1) als Proceßgericht erster Instanz, weil es sich um ein voraufgegangenes Urtheil oder um einen nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits vor einem Deutschen Gericht geschlossenen Vergleich, oder um eine Entscheidung, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfinde[4], handle;

oder

2 a) als das Amtsgericht, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen habe,

oder

b) als das Amtsgericht, bezw. das Landgericht, welches bei Nicht-

---

[18] L. 17 §. 2 D. h. t.

[19] L. 15, l. 32 §. 12 D. h. t.

[20] L. 13 §. 4 D. h. t. Ungeachtet des §. 14 Ziffer 4 des E. G. zur C. P. O. muß ich eine solche Frist für statthaft erachten. Sie ist keine eigentliche Urtheilsfrist, sondern vielmehr eine Frist zur Erledigung der nothwendig längere Zeit in Anspruch nehmenden Angelegenheit.

[1] C. P. O. §§. 667, 703, 704, 705, 809. K. O. §. 152.

[2] C. P. O. §§. 686, 687, 704, 705, 809. K. O. §. 152.

[3] C. P. O. §. 707. Es ist auch dann, wenn die Zuständigkeit des Amtsgerichts oder Landgerichts nach dem Werth des Streitgegenstandes sich richtet, die Ausschließlichkeit nach den keine Ausnahme zulassenden Worten des Gesetzes mit Rücksicht auf die natürliche und richtige, aufgestellte Interpretationsregel: „Ubi in verbis nulla est ambiguitas, non est voluntatis quaestio" anzunehmen, also eine Prorogation vom Amtsgericht auf das Landgericht und umgekehrt nicht zuzulassen. A. M. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 707. Ebenso v. Wilmowski und Levy.

[4] C. P. O. §§. 667, 686, 687 und 703.

anhängigkeit der Hauptsache einen Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung erlassen habe,

oder

c) als das Amtsgericht, vor welchem im Falle des §. 471 (eines Sühneversuchs vor Erhebung der Klage) ein Vergleich abgeschlossen sei,

oder als das vorgesetzte Landgericht, weil in den vorstehenden Fällen zu a und c der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte gehöre[5];

oder

3) als das Gericht (Amtsgericht, bezw. Landgericht), bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand habe[6] und in Ermangelung eines solchen das Gericht, bei welchem in Gemäßheit des §. 24 der C. P. O. gegen den Schuldner Klage erhoben werden könne, weil es sich um eine Urkunde handle, in welcher der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe[7];

oder

4) als das Amtsgericht, bezw. das vorgesetzte Landgericht, weil bei jenem das Concursverfahren anhängig gewesen sei und es sich um eine im Concurse festgestellte und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermin ausdrücklich bestrittene Forderung handle.[8]

II. Die Activlegitimation des Klägers. Activ legitimirt sei

1) der Gläubiger[9] oder dessen Rechtsnachfolger[10], bezw.

2) der Schuldner[11] oder dessen Rechtsnachfolger.[12]

III. Die Passivlegitimation des Beklagten. Passiv legitimirt sei

1) der Schuldner oder dessen Rechtsnachfolger, bezw.

2) der Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger.

IV. Der Gegenstand. Es handle sich

1) um Ertheilung der Vollstreckungsclausel, bezw.

2) um Nichtertheilung oder Aufhebung der Vollstreckungsclausel oder um Aufhebung eines Vollstreckungsbefehls s. w. d. a.[13]

---

[5] C. P. O. §. 704, deren Bestimmung auch auf den Fall des Sühneversuchs analog anzuwenden ist. Bei Arresten bleibt das Arrestgericht zuständig; bei einstweiligen Verfügungen ist es das Gericht der Hauptsache.

[6] C. P. O. §§. 12—20.

[7] C. P. O. §. 705.

[8] K. O. §§. 152 und 134 Abs. 2, sowie §. 179.

[9] Sein Proceßbevollmächtigter ist durch die für den vorhergegangenen Proceß ihm ertheilte Proceßvollmacht nach der C. P. O. §. 77 ohne Weiteres auch für die vorliegende Klage zum Proceß legitimirt.

[10] Ein solcher kann auch ein Cessionar sein.

[11] Vgl. dabei K. O. §. 179.

[12] Ein solcher kann im Fall der K. O. §. 179 auch ein Rechtsnachfolger des Bürgen sein.

[13] Zu diesem „sammt was dem anhängt" gehört auch Rückgabe des Gezahlten,

V. Der Grund der Klage.

1) Im Fall der Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel.

Es beruhe der Grund auf nachstehenden vier Umständen:

A. Es liege vor einer der folgenden acht Fälle:[14]

a) ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Endurtheil[15];

b) ein nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstandes vor einem Deutschen Gerichte[16] abgeschlossener Vergleich[17];

c) ein im Falle des §. 471 der C. P. O. vor dem Amtsgericht abgeschlossener Vergleich[18];

d) eine Entscheidung, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfinde[19];

e) ein Vollstreckungsbefehl[20];

f) ein Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung[21];

g) eine Urkunde, welche vor einem Deutschen Gericht oder vor einem Deutschen Notar innerhalb der Gränzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen und über einen Anspruch errichtet sei, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder

---

Einstellung von Vollstreckungsmaßregeln, Auslieferung einer Schuldurkunde, eines quittirten Wechsels u. d. m. Dies Alles steht mit dem Hauptantrage dergestalt in rechtlichem Zusammenhange, daß das angegangene Gericht dafür immer mitzuständig ist, und ferner accessorischer Natur, so daß man auch nicht von objectiver Klagenhäufung reden kann. Die Ansicht, daß auch das Urtheil mitbeseitigt werden könnte, ist unhaltbar. Dadurch würde die vorliegende Klage ihre gesetzlichen Gränzen überschreiten. Ein Gleiches gilt von den sogleich im Text unter A b, c, d, g und h hervorzuhebenden Vergleichen u. s. w. Nur in Betreff der Vollstreckungsbefehle ist die Sache anders, weil diese als ebenso wirksam, wie eine Vollstreckungsclausel, dieser auch gleich behandelt werden müssen.

[14] Vgl. C. P. O. §. 706.

[15] C. P. O. §. 644. Vgl. St. P. O. §§. 122 und 495.

[16] Dies kann auch ein besonderes, aber nicht ein Verwaltungsgericht sein. Freilich ist ein Verwaltungsgericht auch ein Gericht; aber der Ausdruck „Gericht" ohne Zusatz ist im Zweifel doch nur auf Justizgerichte zu beziehen. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 702 Note 1.

[17] C. P. O. §. 702 Ziffer 1.

[18] Daselbst §. 702 Ziffer 2.

[19] Daselbst §. 702 Ziffer 3; z. B. ein Kostenfestsetzungsbeschluß (C. P. O. §. 99), ein Beschluß gegen ungehorsame Zeugen oder Sachverständige (C. P. O. §§. 345, 352, 355, 367, 374).

[20] Daselbst §. 702 Ziffer 4. Vgl. §. 639.

[21] Daselbst §§. 809 und 815.

Werthpapiere zum Gegenstand habe, und deren Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe[22];

h) die Eintragung des Gläubigers in die Concurstabelle in Ansehung seiner festgestellten und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermin ausdrücklich bestrittenen Forderung; in Verbindung mit der Aufhebung des Concursverfahrens, bezw. dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich.[23]

B. Es handle sich entweder

a) in den Fällen zu A, a—d, g und h um den Eintritt einer anderen Thatsache, als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung[24], oder

b) in allen Fällen zu A um die Rechtsnachfolge des Gläubigers[25] oder die allgemeine Rechtsnachfolge des Schuldners[26], oder diejenige besondere Rechtsnachfolge des Schuldners, bei welcher die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits an den jedoch nicht auch für die dem Auctor auferlegten Proceßkosten haftenden Rechtsnachfolger veräußert sei.[27]

Wenn es sich nicht um eine Rechtsnachfolge handelt, sondern nur um die Frage, ob die res judicata nach l. 63 D. de re jud. (42; 1) oder sonstigen Gesetzen gegen einen Anderen, als den Beklagten, verbindlich sei, ist nicht die vorliegende Klage anwendbar.

Die vorliegende Klage ist unnöthig und daher unstatthaft, wenn

---

[22] Daselbst §§. 702 unter 5 und 705. Es braucht sich nicht um einseitige Rechtsgeschäfte zu handeln. S. die Mot. zu §. 702.

[23] K. O. §§. 152 und 179, sowie 133 und 175.

[24] C. P. O. §§. 664, 667, 703, 704, 705.

K. O. §. 152. Durch analoge Ausdehnung des §. 667 der C. P. O. auf den Fall des §. 669 kann man nicht zu einer Klage gelangen, da es an der Gleichheit des Grundes fehlt. Es würde im Fall des §. 669 eine Beschwerde möglich sein, oder eine actio judicati. — Die Feststellung der Thatsache, ob eine Sicherheit geleistet sei, konnte das Gesetz dem Gerichtsvollzieher überlassen. — Bei der Leistung Zug um Zug ist die Erfüllung Seitens des Gläubigers nicht eine andere Thatsache im Sinne des §. 664. Eine solche ist z. B. bei Urkunden mit der Unterwerfungsclausel in Ansehung kündbarer Forderungen die geschehene Kündigung.

[25] Eine Singular- oder Universalsuccession; mag sie vor oder nach Abgebung des Urtheils eingetreten sein. Vgl. C. P. O. §. 223.

[26] Die gleichfalls nicht blos nach Abgebung des Urtheils, sondern auch vorher eingetreten sein kann.

[27] C. P. O. §§. 665, 666, 667, 703, 704, 705, 809.

Von der im Text erwähnten besonderen Rechtsnachfolge kann natürlich nur die Rede sein, wenn ein Rechtsstreit anhängig oder beendigt ist; also nicht, wenn z. B. vor Erhebung der Klage ein Arrest erwirkt oder ein Vergleich geschlossen ist. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 703 Note 1.

die Zwangsvollstreckung zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte.[28]

C. Der erforderliche (also bei dem Gericht nicht offenkundige) Nachweis der Punkte unter Ba und b könne durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden.[29]

D. Es sei aber die bezeichnete Thatsache, bezw. Rechtsnachfolge wirklich eingetreten.

2) Im Fall der Klage auf Nichtertheilung oder Aufhebung der Vollstreckungsclausel oder Aufhebung eines Vollstreckungsbefehls.

Der Grund der Klage liege darin, daß

A. es sich um einen der unter 1 Aa—h aufgeführten acht Fälle handle[30];

B. entweder

a) der unter 1 Ba angegebene Eintritt der Thatsache in den Fällen zu Aa—d, g und h[31], oder

b) der unter 1 Bb bezeichnete Eintritt der Rechtsnachfolge in allen Fällen[32], oder

c) eine materielle Einwendung in den Fällen zu Aa—e, g und h[33] in Betracht komme;

---

[28] C. P. O. §. 693.

[29] C. P. O. §§. 667, 703. Kann der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt werden, so ist eine Klage überflüssig und unzulässig. Bei der vorliegenden Klage sind alle sonstigen Beweismittel anwendbar.

[30] C. P. O. §§. 686, 687, 703, 704, 705, 809. K. O. §§. 152 und 179.

[31] C. P. O. §§. 687, 703—705. K. O. §§. 152 und 179.

[32] C. P. O. §§. 687, 703—705, 809. K. O. §§. 152 und 179.

[33] C. P. O. §§. 686, 704, 705. K. O. §§. 152 und 179. In Betreff der materiellen oder der den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffenden Einwendungen sind folgende Punkte zu beachten:

1) Formelle Einwendungen, welche z. B. die Statthaftigkeit der Vollstreckungsclausel, die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das dabei zu befolgende Verfahren betreffen, kommen hier nicht in Betracht. Solche kann auch Gericht, der Gläubiger erheben. Darüber entscheidet das Vollstreckungsgericht, bezw. das, dessen Gerichtsschreiber angegangen ist, oder das im §. 705 Abs. 3 der C. P. O. bezeichnete Amtsgericht. Dabei kann höchstens eine Beschwerde in Frage kommen. Sie führen nicht zu einer Klage. Vgl. C. P. O. §§. 668 und 685, sowie die Mot. zu den §§. 668, 685—689 unter I und II.

2) Es muß sich um Einwendungen handeln, z. B. daß der Schuldner nach dem Schluß der Einwendungen zulassenden mündlichen Verhandlung dem Gläubiger Zahlung geleistet oder einen Verzicht erwirkt habe oder nachher erst die Voraussetzungen der Rechtswohlthat der Competenz eingetreten seien oder der Rechtsnachfolger des verurtheilten Schuldners die Rechtswohlthat des Inventars geltend mache (C. P. O. §. 696) oder der Schuldner eine Compensationseinrede, mag sie connex sein oder nicht, später erworben habe u. d. m., weshalb nur der Schuldner, nicht

C. die Thatsache, bezw. Rechtsnachfolge nicht eingetreten oder die materielle Einwendung begründet seien. Liquidität der Einwendungen ist nicht erforderlich. Dies gilt auch von der Einrede der Compensation,

---

der Gläubiger Kläger sein kann und weshalb auch selbständige Klagansprüche, wie eine condictio sine causa, hier ausgeschlossen sind.

3) In Betreff einer Häufung mehrerer Einwendungen, die der Schuldner zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war (mithin kannte oder kennen mußte), gilt die Eventualmaxime (vgl. auch §. 687).

4) Ausgeschlossen sind Einwendungen, welche

a) rechtskräftig aberkannt; oder

b) versäumt sind, d. h. vor der Publication des Urtheils, bezw. vor der Vollstreckbarkeitserklärung entstanden und in dem voraufgegangenen Rechtsstreit, wenn auch nur (abgesehen von Vollstreckungsbefehlen — §. 704 —) in Folge Einspruchs (§. 686 Abs. 2), nicht auch Berufung, rechtzeitig hätten vorgebracht werden können, wozu aber nicht die Kunde erforderlich ist; oder

c) im Urtheil vorbehalten sind (C. P. O. §. 686; Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 686 Note 4), es möchte sich denn um die vorbehaltene Rechtswohlthat des Inventars handeln (C. P. O. §§. 695 und 696).

In den Fällen zu 4 a und b kann eine Wiederaufnahmeklage anwendbar sein. Bei executorischen Urkunden kann nach der C. P. O. §. 705 Abs. 4 von einer rechtskräftigen Aberkennung, Versäumung und einem im Urtheil ausgesprochenen Vorbehalt von Einreden nicht die Rede sein. Ob nicht ein gültiger Verzicht oder eine nach den Grundsätzen der condictio indebiti zu beurtheilende Solution einer Schuld vorliege, ist eine andere Frage. Bei Vergleichen dagegen kommt §. 686 Abs. 2 nach §. 703 zur Anwendung. Es ist nicht mit Grund zu bezweifeln, daß die bezeichneten Einwendungen vom Schuldner nicht blos klageweise, sondern auch einredeweise gegen eine Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel geltend gemacht werden können.

Die nach Röm. Proceß noch gegen die actio judicati statthaften, also privilegirten Einreden, nämlich die exceptiones S. C. Vellejani; Macedoniani (l. 11 D. de S. C. Mac. [14; 6]); compensationis (l. 16 §. 1 D. de comp. [16; 2]); eines Soldaten, der sie aus Rechtsunkunde nicht vorgeschützt hatte (c. 1 C. de jur. et fact. ign. [1; 18]); eines Minderjährigen (l. 36 D. de min. [4; 4]); cedendarum actionum (l. 41 §. 1 D. de fid. et mand. [46; 1]), und des s. g. beneficium competentiae (l. 17 §. 2 D. sol. matr. [24; 3]; l. 33 pr. D. de don. [39; 5]; l. 18 und l. 41 §. 2 D. de re jud. [42; 1]) waren es schon nach dem J. R. A. nicht mehr, wobei es auch nach der C. P. O. §. 251 bleibt. Anders im Fall der l. 14 pr. D. de nox. act. (9; 4) und der l. 16 §. 6 D. de pign. (20; 1).

Auch dann, wenn es sich um vorbehaltene Einwendungen (abgesehen von der vorbehaltenen Rechtswohlthat des Inventars) handelt, kann durch die vorliegende Klage das Urtheil nicht beseitigt werden. Dazu bedürfte es eines anderen Antrages. Die vorliegende Klage ist eine selbständige Klage, während bei diesem Antrage der Excipient nie als Kläger behandelt werden könnte. Unsere Klage hat es nur mit der Zwangsvollstreckung s. w. d. a. zu thun. Das Urtheil selbst ist mit derselben nicht anzufechten, worin auch ein Unterschied von den Wiederaufnahmeklagen liegt.

weil die Vorschrift der c. 14 §. 1 C. de comp. (4; 31) über deren Liquidität eine processualische ist, diese aber nicht blos durch den §. 13 des E. G. zur C. P. O., sondern auch offenbar durch die Bestimmungen der C. P. O. über den Beweis beseitigt ist.

Die Meinung, daß die Zwangsvollstreckung auch schon begonnen sein müsse, damit die vorliegende Klage angestellt werden könne, entspricht weder der grammatischen noch der logischen Interpretation.

VI. Der Antrag gehe dahin, zu erkennen:

daß die Vollstreckungsclausel zu ertheilen, bezw.

daß sie nicht zu ertheilen oder wieder aufzuheben oder ein Vollstreckungsbefehl wieder aufzuheben sei s. w. d. a.

§. 364.

O. Die Klagen wegen Widerspruchs gegen den Theilungsplan im Vertheilungsverfahren, wenn bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen[1] ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der betheiligten Gläubiger nicht hinreicht.

Vgl. C. P. O. §§. 728, 750—752.

Das Vertheilungsverfahren tritt unter der angegebenen Bedingung ein.[2]

Das zuständige Amtsgericht hat einen Theilungsplan ohne Rücksicht auf ein etwa nach der K. O. zustehendes privilegium exigendi anzufertigen, gegen welchen an einem von demselben anberaumten Termin oder vorher von einem betheiligten Gläubiger Widerspruch erhoben werden kann.[3]

a) Dieser hat dann gegen die betheiligten Gläubiger (d. h. solche, für welche, wenn auch nur wegen Arrestes, gepfändet ist,) binnen bestimmter Frist Klage zu erheben, widrigenfalls die Ausführung des Plans angeordnet wird.

b) „Die Befugniß des Gläubigers, welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag

---

[1] Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffenden Verfahren Vertheilungsstreitigkeiten, die in einem besonderen Processe zu erledigen sind, so finden die §§. 765—768 der C. P. O. nach §. 757 entsprechende Anwendung.

[2] C. P. O. §. 758. Unsere Klage hat am meisten Aehnlichkeit mit der des folgenden §. 365 unter c. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß bei der vorliegenden Klage die Forderung selbst feststeht, also auch nicht weiter sonst zu substantiiren ist. Vgl. auch Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 765 Note 2.

[3] C. P. O. §§. 762 und 763.

nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen."[4]

Zu a.

1) „Die Klage ist bei dem Vertheilungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat. Das Landgericht ist für sämmtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämmtlichen betheiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Vertheilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle."[5]

In der Klage sind diejenigen Angaben zu machen, welche die bezeichnete, und zwar nach Art. 707 ausschließliche, Zuständigkeit des angegangenen Gerichts begründen.

2) Kläger ist der widersprechende Gläubiger. Er hat zu behaupten, daß er an dem Termin oder vorher Widerspruch gegen den Plan erhoben habe.[6] Der Schuldner kann nicht Kläger sein, weil die Rangordnung ihn nichts angeht.

3) Die Beklagten sind die betheiligten Gläubiger.[7] Kläger hat darzulegen, daß die Beklagten bei dem Widerspruch betheiligt seien, d. h. daß ihnen im Plan ein zu günstiger Platz im Verhältniß zum Kläger angewiesen sei. Der Schuldner ist nicht passiv zur Sache legitimirt. Gegen diejenigen Gläubiger, welche den besseren Anspruch des Klägers anerkennen, braucht und kann nicht geklagt werden. Gegen alle übrigen ist Klage zu erheben, mögen sie als passive Streitgenossen oder gesondert belangt werden.

4) Bezüglich des Gegenstandes ist zu behaupten, daß dem Kläger ein näher darzulegendes besseres Recht zustehe, als ihm nach dem Plane eingeräumt sei.

5) Der Grund der Klage wird meistens darin bestehen, daß Kläger in Folge einer früheren Pfändung ein Vorrecht in Anspruch nehmen könne.[8]

Das Vorrecht, welches genau zu begründen ist, kann indessen auch auf anderen Umständen und Rechtsnormen beruhen.

---

[4] C. P. O. §. 764.
[5] C. P. O. §. 765.
[6] C. P. O. §. 764.
[7] Daselbst.
[8] C. P. O. §. 709.

6) Die Klage muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monat, welche mit dem Terminstage (zur Ausführung der Vertheilung) beginnt, erhoben und dies auch dem Vertheilungsgericht nachgewiesen werden.

„Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.“ [9]

In der Klage ist die Innehaltung dieser Frist und der dem Vertheilungsgericht beschaffte Nachweis zu behaupten.

7) Zu beantragen ist, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Theil der Masse auszuzahlen sei, oder, falls dies nicht für angemessen erachtet werden sollte, die Anfertigung eines neuen Planes und ein anderweites Vertheilungsverfahren anzuordnen.[10]

Zu b.

1) Ob diese Klage auch bei dem Vertheilungsgericht oder dem Landgericht, in dessen Bezirk das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat, angestellt werden müsse oder vielmehr bei dem Gericht, welchem der Beklagte nach allgemeinen Grundsätzen unterworfen ist, könnte bestritten werden. Letztere Auffassung ist vorzuziehen, weil die Klage, von welcher die C. P. O. im §. 765 spricht, offenbar die des Abs. 1 des §. 764 ist und weil durch die Ausführung des Plans ein Grund für die erstere Auffassung beseitigt sein dürfte.

2) Kläger ist der widersprechende Gläubiger.

3) Beklagter ist der, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat.

4) Bezüglich des Gegenstandes gilt das zu 4 a Bemerkte, unter Berücksichtigung der Auszahlung des Geldbetrages.

5) Der Grund ist ein gleicher, wie unter a 5 angegeben ist, in Verbindung damit, daß an Beklagten gezahlt sei.

---

[9] C. P. O. §. 764. Die Frist ist eine gesetzliche Ausschlußfrist, aber keine Nothfrist.

[10] C. P. O. §. 766. Der Umstand, daß hiernach möglicherweise ein bestimmter Antrag überflüssig werden kann, berechtigt den Kläger nicht dazu, von einem bestimmten Antrage abzusehen. Denn der §. 230 der C. P. O. verlangt einen bestimmten Antrag. Vgl. Seuffert, C. P. O., zu §. 764 Bem. 1. Das, was nach §. 766 dem Gericht gestattet ist, kann nicht ohne Weiteres auch als dem Kläger gestattet angesehen werden. Jedenfalls würde er doch Gefahr laufen, daß das Gericht seine Auffassung über die Entbehrlichkeit eines bestimmten Antrages nicht theilte und wegen Fehlens eines solchen gegen ihn entschiede. Nur das ist zuzugeben, daß das Gericht, wenn blos auf Anordnung der Anfertigung eines neuen Plans und eines anderweitigen Vertheilungsverfahrens angetragen wäre, falls es solches für angemessen erachten sollte, demgemäß erkennen könnte, also den Kläger wegen Unbestimmtheit seines Antrages nicht abzuweisen brauchte.

6) Eine besondere Frist ist nicht zu beachten und die Ausführung des Plans nicht hinderlich.

7) Zu beantragen ist die Rückzahlung des erhaltenen Geldbetrages ganz oder theilweise an den Kläger.

In der Klage müssen die angegebenen Erfordernisse genügend hervorgehoben sein.

§. 365.

P. Die Interventionsklagen.

Hierbei sind drei Fälle auseinander zu halten:

a) die eigentliche Hauptintervention;

b) die s. g. Executionsintervention auf Grund eines die Veräußerung hindernden Rechts;

c) die s. g. Executionsintervention auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts.

Zu a.

„Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde."

„Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden."[1]

Zu b.

„Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der

---

[1] C. P. O. §§. 61 und 62. Der Hauptintervention kann eine vorläufige Anzeige beim Gericht vorhergehen. — Den in den §§. 61 und 62 erwähnten rechtskräftigen Entscheidungen sind die Zurücknahme der Klage, der Vergleich, der Verzicht, sowie ungeachtet des §. 278 der C. P. O. auch die Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs gleich zu achten. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 61.

bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§. 688, 689" (der C. P. O.) „entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig."[2]

Zu c.

„Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.

Die Klage ist bei dem Vollstreckungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Wird der Anspruch glaubhaft gemacht, so hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Die Vorschriften der §§. 688, 689" (der C. P. O.) „finden hierbei entsprechende Anwendung."[3]

In Ansehung der Klagbegründung verhalten diese 3 Interventionsklagen sich folgendermaßen zu einander:

I. Bezüglich der Zuständigkeit ist darauf hinzuweisen:

1) bei a, daß der Hauptproceß bei dem angegangenen Gericht in erster Instanz anhängig geworden;

2) bei b, daß die Zwangsvollstreckung im Bezirk des angegangenen Gerichts (Amtsgerichts oder Landgerichts) erfolgt sei;

3) bei c, daß das Vollstreckungsgericht als solches zuständig sei, bezw., wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, daß das Vollstreckungsgericht im Bezirke des angegangenen Landgerichts seinen Sitz habe.

II. In Betreff der Legitimation des Klägers ist hervorzuheben:

1) bei a, daß selbiger die Sache oder das Recht ganz oder theilweise für sich in Anspruch nehme;

2) bei b, daß ihm als Drittem[4] an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe;

---

[2] C. P. O. §. 690.

[3] C. P. O. §. 710. Ueber das z. Th. abweichende Röm. Recht s. l. 15 §. 5 D. de re jud. (42; 1).

[4] Ein solcher kann auch der ein Anfechtungsrecht im Concurse des Schuldners geltend machende Concursverwalter sein. Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 169.

3) bei c, daß er als Dritter einen Anspruch auf vorgehende Befriedigung habe.

III. Hinsichtlich der Legitimation des Beklagten muß bemerkt werden:

1) bei a, daß die beiden Beklagten [5] die Parteien im Hauptproceß seien;

2) bei b, daß der Beklagte der Gläubiger oder statthafter, nicht nothwendiger Weise der Gläubiger und der Schuldner oder der Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren sei, je nachdem der Gläubiger oder dieser und der Schuldner oder nur der Schuldner das Recht des Klägers bestreiten, vorausgesetzt, daß im letzten Fall der Gläubiger wegen des Bestreitens Seitens des Schuldners die Zwanksvollstreckung bestehen lassen will;

3) bei c, dasselbe wie im 2. Fall.

IV. Was den Gegenstand anbelangt, so ist anzugeben:

1) bei a, daß die streitige Sache oder das streitige Recht ganz oder theilweise in Anspruch genommen und somit dieser Anspruch als begründet anerkannt und in geeigneter Weise ihm entsprochen werde;

2) bei b, daß ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung beansprucht und dieses Recht als begründet anerkannt und selbigem entsprochen werde [6];

3) bei c, daß vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangt werde.

V. Der darzulegende Grund der Klage bestehe darin:

1) bei a, daß Kläger und nicht der eine oder andere der streitenden Theile ganz oder theilweise der Berechtigte sei, z. B. bei einem Proceß über das Eigenthum, daß Kläger Eigenthümer sei [7], oder bei einem Streit über eine einzuräumende Pachtung Kläger früher als der andere Pächter

---

[5] Auch bei Klagen gegen den Besitzer ist der nicht besitzende Kläger im Hauptproceß Mitbeklagter, nicht etwa blos accessorischer Intervenient. Denn er könnte vor Erledigung der Hauptintervention den Besitz noch erhalten und, wenn dies auch nicht der Fall wäre, so erschiene ihm gegenüber die Hauptintervention als Feststellungsklage, mithin läge kein Grund vor, ihn als accessorischen Intervenienten zu betrachten.

[6] Demnach ist der Gegenstand der Klage nicht der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung, sondern daß Beklagter das Recht des Klägers als begründet anzuerkennen habe und demnach die Zwangsvollstreckung nicht fortzusetzen, bezw. rückgängig zu machen sei, durch Beklagten, soweit er es kann, sonst durch den Richter.

v. Wilmowski und Levy a. a. O. zu §. 690 betrachten den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung als Gegenstand der Klage.

[7] In Gemäßheit der l. 63 D. de re jud. (42; 1) würden auch der Pfandschuldner, der Ehemann und der Käufer als Hauptintervenienten auftreten können. Sie könnten auch accessorisch interveniren. Nur letzteres könnte der Rechtsnach-

vom Verpächter gepachtet habe[8] und daß der Hauptproceß noch nicht rechtskräftig entschieden worden[9];

2) bei b, daß Kläger ein die Veräußerung hinderndes, der Entstehung nach näher darzulegendes Recht[10] habe und daß der Gegenstand der Zwangsvollstreckung noch nicht an den Intervenienten ausgeliefert, bezw.

---

folger, an den nach der Rechtshängigkeit die in Streit befangene Sache veräußert oder der geltend gemachte Anspruch cedirt wäre. C. P. O. §. 236. S. auch §§. 237 und 238.

[8] L. 26 D. loc. cond. (19; 2). S. auch S. O. §. 26 und die Mot. zu §§. 61 und 62.

[9] Ist dies der Fall, so müßte die Executionsintervention unter b angewendet werden. Vgl. die Mot. und Struckmann und Koch zu §. 690.

[10] Ein solches kann sein Eigenthum, Emphyteusis, Superficies, Erbpacht, Nießbrauch, eine Realservitut, Publicianisches Eigenthum; nicht ein obligatorischer Anspruch, es möchte denn der Executionsschuldner nur Detentor eines Dritten (etwa als Vermiethers, Deponenten, Commodanten u. s. w.) sein; ferner nicht ein Pfandrecht, vorausgesetzt, daß der Executionsschuldner auch Schuldner des Pfandgläubigers ist. Bei Rechten, die nur einer unbeschränkten Veräußerung hinderlich sind, wie einem jus in re, ist die vorliegende Intervention dahin zulässig, daß die Sache nur mit solcher Belastung veräußert werde. Wegen eines Pfandrechts, wenn der Executionsschuldner auch Schuldner des Pfandgläubigers ist, muß die Intervention zu c vorgebracht werden. In Betreff der Grundstücke sind die Vorschriften des §. 690 ebensowohl anwendbar, als bei beweglichen Sachen, weil §. 690 zu den allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung gehört. Im Fall des H. G. B. Art. 8 würde der Ehemann gegen eine Pfändung von Vermögen, woran er die Verwaltung, den Nießbrauch oder sonstige durch die Ehe begründete Rechte hat oder welches gütergemeinschaftlich ist, nicht interveniren können. Dagegen gibt die Cession dem Cessionar das Recht, auf Grund des §. 690 gegen die Pfändung beim Cedenten zu interveniren. E. d. R. G. i. C. 4. B. Nr. 32.

Ferner muß auch bloßer Besitz als genügendes, die Veräußerung hinderndes Recht betrachtet werden. Unmöglich kann der Besitzer wegen der Pfändung seine Besitzrechte eingebüßt haben. Kann ohne Verletzung derselben nicht veräußert werden, so muß sie so lange unterbleiben, als nicht auf rechtlichem Wege der Besitz beseitigt ist. Könnte unter Aufrechterhaltung des Besitzes veräußert werden, so wäre bis zur Beseitigung des Besitzes nur eine Veräußerung mit dieser Belastung möglich. Die Ansicht Hartmann's, Civilproceß-Ordnung (Berlin 1879), zu §. 690, daß es Seitens des besitzenden Dritten keiner Klage bedürfe, führt nicht zum Ziel, z. B. wenn es streitig ist, ob er Besitzer sei oder ob der Executionsschuldner es bei der Pfändung war, oder wenn dieser heimlich ein im Besitz jenes befindliches Grundstück occupirt hat, dann dieses gepfändet ist und darauf erst jener die heimliche Occupation und die Pfändung erfahren hat, oder wenn sonst dem Dritten durch die Pfändung der Besitz entzogen ist. Vgl. auch Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts von Rassow und Küntzel, XXIII. Jahrgang, S. 497—511; jedoch nur zu dem Zweck, um zu ersehen, wie sehr die vorliegende Frage noch einer gründlichen Untersuchung bedarf.

noch nicht veräußert oder der Erlös noch nicht an den Intervenienten ausgezahlt sei[11];

3) bei c, daß Kläger auf Grund eines Pfand- oder gleichgestellten Vorzugsrechts wegen einer genügend zu substantiirenden Forderung vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse begehren könne. Hierher gehört auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers an den Invecten und Illaten des Miethers[12], wenn jener nicht mehr im Besitz ist. Ist letzteres der Fall, so kann er retiniren und eine Klage abwarten, falls er seinen Besitz geltend machen will. Der Vermiether ist als im Besitz befindlich anzusehen, so lange die Invecten sich noch in der Miethswohnung oder in dem Hause oder der Wohnung des Vermiethers befinden.

Die Möglichkeit, wegen Besitzes auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes der Pfändung zu widersprechen, verpflichtet den Besitzer dazu nicht. Thut er dies nicht, so kann er doch die Klage aus §. 710 der C. P. O. erheben. Widersprechen kann übrigens nur der Besitzer, (der natürliche, wie der juristische), welcher die Sache in seinem Gewahrsam hat, nicht der juristische Besitzer, wenn der Executionsschuldner für ihn detinirt.

Ueberdies ist zu bemerken, daß der Erlös noch nicht ausgekehrt sei. Dagegen kommt auf die Fälligkeit der Forderung des Intervenienten nichts an.[13]

VI. Die erforderlichen bestimmten Hauptanträge ergeben sich aus dem zu IV Bemerkten.

Ein Nebenantrag kann darauf gerichtet werden, daß

im Fall

zu a, der Hauptproceß bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werde[14];

zu b, die Zwangsvollstreckung eingestellt und die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden;

zu c) der Erlös hinterlegt werde.

Diese Nebenanträge können auch mit dem Interventionshauptantrage

---

[11] Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 690 Note 3.

[12] Seuffert's Archiv 36. B. Nr. 251.

[13] C. P. O. §. 710 Abs. 1.

[14] Die Befugniß des Intervenienten, auf Aussetzung des Hauptprocesses anzutragen, kann freilich nicht auf §. 62 der C. P. O. gestützt werden, da der dort gebrauchte Ausdruck „Partei" sich auf die Parteien des Hauptprocesses bezieht. Da indessen der Richter nach §. 139 der C. P. O. von Amtswegen die Aussetzung anordnen dürfte, so kann gegen die Befugniß des Intervenienten, diese Aussetzung zu beantragen, nichts erinnert werden.

verbunden werden.[15] Hält der Richter eine Trennung für angemessen, so kann er sie anordnen. Er darf aber eine Klageschrift wegen unstatthafter Häufung beider Anträge nicht zurückweisen.

§. 366.

Q. Die Feststellungsklage wegen einer Concursforderung.

Im Concurse findet in dem Prüfungstermin die Prüfung der angemeldeten Forderungen Statt.[1]

„Das Gericht hat nach der Erörterung einer jeden Forderung das Ergebniß in die Tabelle einzutragen."[2]

„Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern."[3]

„Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen bleibt überlassen, die Feststellung derselben gegen die Bestreitenden zu betreiben."[4]

„Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben. Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschließlich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört."[5]

„War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreits zu verfolgen."[6]

„Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist."[7]

Diese Bestimmungen des §. 134 der K. O., abgesehen von denen der Erhebung der Klage im ordentlichen Verfahren und der Zuständigkeit „finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine

---

[15] Im Fall zu a wird dabei natürlich vorausgesetzt, daß der Hauptproceß nicht bei einem Gerichte höherer Instanz anhängig sei.

[1] K. O. §. 129.

[2] Daselbst §. 133.

[3] Daselbst Abs. 2.

[4] Daselbst §. 134 Abs. 1.

[5] Daselbst Abs. 2. In Folge der Worte „im ordentlichen Verfahren" ist eine besondere Proceßart, wie der Urkundenproceß, ausgeschlossen. Vgl. Busch a. a. O. 34. B. S. 403.

[6] K. O. §. 134 Abs. 3.

[7] Daselbst Abs. 4.

Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung". [8]

„Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen." [9]

Die Feststellungsklage kann hiernach eine affirmative oder eine negative sein, jenachdem das Vorhandensein der Forderung s. w. d. a. oder das Gegentheil festgestellt werden soll. Man gebraucht auch wohl den Ausdruck „Feststellungsklage" blos für erstere, indem man letztere eine Widerspruchsklage nennt. [10]

Die Begründung erfordert

1) rücksichtlich der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts die diese rechtfertigenden Angaben. Die hervorgehobenen gesetzlichen Vorschriften des §. 134 Abs. 2 über die Zuständigkeit für die affirmative Klage sind nicht auch auf die negative zu beziehen, vielmehr ist letztere im gewöhnlichen Gerichtsstande anzubringen. [11]

2) Der Kläger hat sich zur Sache activ zu legitimiren. Bei der affirmativen Klage ist es der Gläubiger der streitig gebliebenen Forderung; bei der negativen Klage der Widersprechende. Dieser kann auch der Gemeinschuldner sein. [12] Mehrere Widersprechende können als Streitgenossen klagen.

3) Beklagter, dessen passive Legitimation Kläger behaupten muß, ist bei der affirmativen Klage der Bestreitende oder es sind dies möglicherweise die mehreren Bestreitenden [13] als passive Streitgenossen. Bei der negativen Klage ist der Gläubiger der Beklagte.

4) Bei der affirmativen Klage ist diese dem anzugebenden Gegenstande nach auf Feststellung der Forderung ihrem Betrage und etwaigem Vor-

---

[8] Daselbst Abs. 5.

[9] Daselbst Abs. 6.

[10] Busch a. a. O. 34. B. S. 399.

[11] Vgl. Hartmann a. a. O. Note 23 zu §. 134 der K. O. und die Mot. zu §. 134 S. 367.

[12] Wenn im Prüfungstermin gegen eine Forderung weder von dem Verwalter noch von einem Concursgläubiger Widerspruch erhoben wird, so gilt sie allerdings als festgestellt. K. O. §. 132 Abs. 1. Dessenungeachtet wird man aber doch dem Gemeinschuldner, welcher Widerspruch erhoben hat, nicht das Recht versagen können, auf eigene Hand seinen Widerspruch im Wege des Processes zu verfolgen. Sollte er gewinnen, so müßte das dem Gläubiger etwa schon Gezahlte restituirt, sonst die Eintragung in die Tabelle berichtigt werden. Wäre über die fragliche Forderung zur Zeit der Eröffnung des Concursverfahrens ein Rechtsstreit noch nicht anhängig gewesen, so müßte der widersprechende Gemeinschuldner (oder auch auf Grund des §. 231 der C. P. O. der Gläubiger, wenn er wollte) als Kläger auftreten; anderenfalls müßte das damals schon anhängig gewesene Verfahren fortgesetzt werden. Vgl. auch K. O. §§. 8 und 132.

[13] K. O. §. 134 Abs. 1.

recht nach und dem entsprechend auf Gestattung der Berichtigung der Tabelle[14] gerichtet. Die negative Klage geht auf das Gegentheil, daß festgestellt werde, die Forderung sei unbegründet oder gehe auf einen geringeren Betrag oder sei ohne Vorrecht; sowie daß eine dem entsprechende Berichtigung der Tabelle[15] zu gestatten sei.

5) Der hervorzuhebende Grund der Klage bestehe bei der affirmativen Klage darin, daß die Forderung mit Betrag, Grund und etwaigem Vorrecht in der Anmeldung oder dem Prüfungstermin angegeben sei[16], daß die Forderung streitig geblieben und daß dieselbe nach allgemeinen Grundsätzen, wie thatsächlich näher zu substantiiren, an sich begründet, auf den verlangten Betrag gerichtet und bezw. mit einem Vorrecht versehen sei.

Im Falle der negativen Klage liegt der Klagegrund darin, daß die Forderung freilich angemeldet oder angegeben sei, für dieselbe auch (falls der Widersprechende nicht blos der Gemeinschuldner ist) ein mit der Vollstreckungsclausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder Vollstreckungsbefehl vorliege, ihr aber widersprochen und sie aus darzulegendem Grunde[17] nicht oder nicht dem ganzen Betrage nach oder dem in Anspruch genommenen Vorrechte nach gerechtfertigt sei.

6) Der erforderliche Antrag ergibt sich aus den Bemerkungen zu 4.[18]

§. 367.

R. Insbesondere die Absonderungsklage im Concurse (das s. g. remedium indemnitatis oder separationis).

a. Im Allgemeinen.

Zur Begründung ist Folgendes geltend zu machen:

1) Daß das gesetzliche vorbereitende Verfahren stattgefunden habe.

---

[14] K. O. §. 134 Abs. 7.

[15] Daselbst.

[16] Fehler in Ansehung dieser Punkte der Anmeldung lassen sich nicht anders beseitigen, als dadurch, daß eine neue Anmeldung, Prüfung und Feststellung oder Feststellungsklage, wenn Widersprüche erhoben worden, veranlaßt wird. Mot. zu §. 134 S. 366.

[17] Dieser Grund muß natürlich auch gegen die Vollstreckungsclausel, das Endurtheil oder den Vollstreckungsbefehl sowohl überhaupt, als auch jetzt noch rechtlich statthaft sein. Vgl. Busch a. a. O. 34. B. S. 404.

[18] Eine Ausschlußfrist für die Anstellung der Feststellungsklage ist nicht in der Weise vorgeschrieben, daß die Nichtinnehaltung der Frist den Verlust der Klage nach sich zöge. Die Frist bezieht sich nur auf die Berücksichtigung bei einer vorzunehmenden Vertheilung.

K. O. §§. 140, 143, 155 unter 1.

Dahin gehört, daß die Forderung in Gemäßheit des §. 127 der K. O., also unter Angabe des beanspruchten Vorrechts, gehörig angemeldet sei, daß das Vorrecht, d. i. hier das Absonderungsrecht, am Prüfungstermin streitig geblieben und daher auf die Feststellung desselben im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben sei.[1]

2) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Dies ist ausschließlich das Amtsgericht, bei welchem das Concursverfahren anhängig ist, und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht, zu dessen Bezirke der Bezirk des Concursgerichts gehört.[2] Der Werth des Streitgegenstandes kann sich nur nach dem Werthe der Forderung des Klägers, nicht nach dem Werthe der abzusondernden Sache, richten. Dabei ist aber noch der §. 136 der K. O. zu beachten.

3) Die Activlegitimation des Klägers zur Sache. Activ legitimirt ist derjenige Gläubiger, dessen Forderung streitig geblieben ist.[3]

4) Die Passivlegitimation des Beklagten zur Sache. Dies sind diejenigen, welche bei der Prüfung das Vorrecht bestritten haben.[4]

5) Der beanspruchte Gegenstand. Selbiger besteht in der Absonderung derjenigen Sachen, welche das Recht des Klägers umfaßt.

6) Der Grund der Klage. Dieser liegt in dem Vorhandensein derjenigen Voraussetzungen, an welche das Gesetz das Recht zur abgesonderten Befriedigung geknüpft hat. Das Nähere enthält die K. O. in den §§. 40—45.[5]

7) Der Antrag geht dahin, zu erkennen, daß Beklagte das fragliche Absonderungsrecht anzuerkennen haben, ref. exp.[6]

---

[1] K. O. §. 134 Abs. 1.

Durch dieses Vorverfahren sammt der nachfolgenden Klage ist die Röm. impetratio decreto praetoris (l. 1 pr. D. de separationibus [42; 6]) beseitigt.

[2] K. O. §. 134 Abs. 2.

[3] K. O. §. 134 Abs. 1.

[4] K. O. §. 134 Abs. 1.

[5] Danach sind die Fälle der l. 1 §. 9 D. h. t. in Ansehung beweglicher Sachen nicht mehr anwendbar, weil davon in diesen Paragraphen nicht die Rede ist; wohl aber nach der K. O. §. 39 noch in Ansehung der Grundstücke anwendbar.

[6] Wenn somit oder anderweitig auch das Absonderungsrecht rechtskräftig festgestellt worden, ist die concursmäßige Behandlung (d. i. die Betreibung der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung der unbeweglichen Sachen bei der zuständigen Behörde durch den Concursverwalter, bezw. die Betreibung der Verwerthung eines beweglichen Gegenstandes nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung) doch auf den abgesonderten Gegenstand angemessener Weise zu erstrecken, so daß der bevorrechtigte Gläubiger aus dem Erlöse zunächst zu befriedigen

b. Insbesondere von dem Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer.[7]

Der §. 43 der K. O. lautet:

„Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlaßgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht."

Gemeinrechtlich ist in dieser Hinsicht auf die Grundsätze des Römischen Rechts über die Separation der Erbmasse zurückzugreifen.

Zur Begründung der Klage ist Folgendes hervorzuheben:

1) In Betreff des vorbereitenden Verfahrens gilt das zu a 1 Bemerkte.

2) Ebenfalls das zu a 2 Angegebene hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts.

---

und nur ein etwaiger Ueberschuß den sonstigen Gläubigern zuzutheilen ist. Es verstößt wohl gegen den eigentlichen Sinn der K. O. §§. 116 und 117, sowie auch des Röm. Rechts (l. 1 §. 1 D. h. t.), wenn das Concursgericht und der Concursverwalter sich um die abgesonderten Gegenstände oft nicht weiter bekümmern, als ob sie gar nicht zur Concursmasse gehörten. Dies ist nur in Betreff einer Aussonderung richtig. Selbst auch dann, wenn voraussichtlich aus der Versilberung der abgesonderten Gegenstände ein Ueberschuß für die Concursmasse sich nicht ergeben würde, ist es angemessener Weise Sache des Concursverwalters, die abgesonderten Gegenstände concursmäßig zu verkaufen; schon aus dem Grunde, damit festgestellt werde, wie hoch der etwa angemeldete Ausfall sei und weil immer noch nachträglich auf die Absonderung verzichtet oder ein bisher noch nicht angemeldeter Ausfall angemeldet werden kann. Also nur ausnahmsweise muß der Concursverwalter von dem ihm allerdings zustehenden Rechte, sich um die abgesonderten Gegenstände nicht zu bekümmern, Gebrauch machen.

Eine Ausschlußfrist kommt bei der vorliegenden Klage nur in derselben Weise in Betracht, wie bei der des §. 366, also nur in Ansehung der Berücksichtigung bei der vorzunehmenden Vertheilung.

[7] Die Ausübung dieses Rechts enthielt nach Röm. Recht einen Verzicht auf Ansprüche an dem Vermögen des Erben (l. 1 §. 17, l. 5 D. h. t. gegenüber der l. 3 §. 2 D. h. t.). Da aber jetzt bei der Geltendmachung eines Absonderungsrechts überhaupt nicht ein solcher Verzicht anzunehmen ist, so kann er auch nicht beim Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer angenommen werden. Sie können also auf das bereits geltend gemachte Absonderungsrecht wiederum verzichten, in welchem Falle freilich die Vermächtnißnehmer und die etwa nur bis zum Betrage des Nachlasses berechtigten Gläubiger an den sonstigen Activa nicht Theil nehmen würden. Die unbeschränkt berechtigten Gläubiger würden ferner ungeachtet des Absonderungsrechts doch wegen ihres Ausfalls bei der Vertheilung der sonstigen Activa anderen Concursgläubigern gleich zu behandeln sein.

Vgl. K. O. §. 57.

3) Activ zur Sache legitimirt ist ein Nachlaßgläubiger [8] oder ein Vermächtnißnehmer [9], nicht ein sonstiger Gläubiger des Erben. [10]

4) Bezüglich der Passivlegitimation zur Sache gilt das zu a 4 Bemerkte. Auch der Fiscus oder Stadtgemeinden können Beklagte sein. [11]

5) Ebenso in Ansehung des Gegenstandes das zu a 5 Bemerkte. Es kommt darauf an, ob die Nachlaßgegenstände bei der Eröffnung des Concursverfahrens noch vorhanden waren. Eine vorher erfolgte untrennbare Vermischung mit den Sachen des Erben hebt das Recht auf [12]; desgleichen eine vorher erfolgte ohne fraus geschehene Veräußerung. [13]

6) Der Grund der Klage. Dieser besteht darin, daß Kläger Nachlaßgläubiger [14] oder Vermächtnißnehmer sei, daß der Erbe die Erbschaft angetreten habe, daß er in Concurs gerathen sei und daß die beanspruchten Sachen zu den Nachlaßgegenständen gehörten, auch bei Eröffnung des Concurses vorhanden gewesen seien.

7) Der Antrag stimmt mit dem zu a 7 angegebenen überein. [15]

---

[8] K. O. §. 43.
L. 1 §. 1 D. h. t.
Wenn ein Erbe wiederum testirt hat, haben die Gläubiger des ersten Erblassers das Recht gegen Alle, die des zweiten Erblassers nur gegen die Gläubiger des zweiten Erben. L. 1 §. 8 D. h. t.

[9] K. O. §. 43.
L. 6 pr. D. h. t.

[10] K. O. §. 43.
S. indessen:
a) l. 1 §. 5 — vgl. auch l. 6 §. 1 — D. h. t.
b) l. 1 §. 6 D. h. t.;
c) l. 1 §. 18 D. h. t.
Die bei der Abfassung des §. 43 der K. O. nicht ausdrücklich berücksichtigten Fälle unter a und b (betreffend die Antretung einer überschuldeten Erbschaft in fraudem creditorum und in Folge Zwanges von Seiten des Universalfideicommissars) sind noch praktisch, da der §. 43 der K. O. nicht die besonderen Bestimmungen angibt und daher die Worte „Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer" extensiv zu interpretiren sein dürften. Dagegen ist der Fall der Note 5 zu fremdartig, als daß er noch unter §. 43 gestellt werden könnte. Im Fall zu a fand nach Röm. Recht und findet auch jetzt noch in Folge einer in integrum restitutio wegen Dolus ein Absonderungsrecht zu Gunsten der eigenen Gläubiger des Erben in Betreff des nicht ererbten Vermögens Statt. S. auch die Mot. zur K. O. §. 43 a. E.

[11] L. 1 §. 4 D. h. t.

[12] L. 1 §. 12 D. h. t.

[13] L. 2 D. h. t.

[14] Auch betagte und bedingte Gläubiger haben das Recht.
L. 4 pr. D. h. t.

[15] Ueber Einreden vgl. l. 1 §. 10—13 und 15, l. 2 D. h. t.

§. 368.

S. Die civilprocessualische Urkundeneditionsklage.[1]

Verschieden von dieser Klage ist der Editionsantrag wider den Proceßgegner auf Vorlegung der nach der Behauptung des Beweisführers in dessen Händen (unmittelbar oder durch Stellvertreter) sich befindenden Urkunde. Dieser Antrag ist keine eigentliche Klage, weil ihm die Selbstständigkeit fehlt, indem selbiger nur eine Art der Antretung des Beweises oder als Mittel zur Führung des Beweises der Aechtheit oder Unächtheit einer Urkunde eine Art der Antretung des Aechtheitsbeweises ist.[2]

Dasselbe gilt von dem Antrage im Civilproceß, dem Antragsteller zur Herbeischaffung der Urkunde von Seiten eines Dritten eine Frist zu bestimmen.[3]

Beide Anträge unterscheiden sich dadurch: daß im ersten Fall blos der Grund, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergibt[4], im zweiten Fall auch der Besitz der Urkunde durch den Dritten glaubhaft zu machen ist[5]; ferner daß nicht im ersten, wohl aber im

---

[1] Wenn es sich um andere Gegenstände, als schriftliche Urkunden, handelt, so kommen in Ansehung der Parteien und dritter Besitzer nicht blos die civilrechtlichen Grundsätze über die Verbindlichkeit zur Exhibition u. s. w. zur Anwendung, sondern es sind auch außerdem ohne Weiteres civilprocessualisch nach Analogie der §§. 387 und 388 die Einnahme eines richterlichen Augenscheins oder die Besichtigung durch Sachverständige oder Zeugen oder die Vorlegung zu gestatten, bezw. vorzunehmen.

Die Analogie würde nur dann entbehrt werden können, wenn die civilrechtlichen Grundsätze ausreichten. Dies ist aber nicht der Fall. Läßt man jene nun in Betreff der Parteien zu, so muß dies auch in Betreff Dritter — deren Widerspruch aber erst durch Klage beseitigt werden müßte (C. P. O. §. 394) — der Fall sein. Denn sonst würde eine Inconsequenz vorliegen. An einer Gleichheit des Grundes als Erforderniß der Analogie fehlt es nicht. Und der Mangel eines Bedürfnisses nach irgend welcher gesetzlichen Vorschrift, indem man ja die Pflicht zur Vorlegung anderer Sachen, als Urkunden, gerne negiren könne, ist kein Hinderniß, weil es sich nicht um die Rechts-, sondern um die Gesetzesanalogie handelt.

Vgl. auch die Mot. zu §§. 336 und 337, sowie c. 3 C. fin. reg. (3; 39).

[2] C. P. O. §§. 385—392 und 406.

[3] C. P. O. §§. 393 und 406.

[4] C. P. O. §§. 389 und 406.

Die Vorschriften des §. 389 sind ungeachtet des Wortes „soll" obligatorisch. Es ist nur deshalb der Ausdruck „muß" vermieden, weil der Antrag auch ohne Schriftsatz bei der mündlichen Verhandlung gestellt werden kann. S. die Mot. sowie Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 389.

[5] C. P. O. §§. 395 und 406.

zweiten Fall die Beweisantretung auf Antrag zurückgewiesen werden kann, wenn sie erst nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen erfolgt, durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Proceß zu verschleppen, oder aus Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten habe[6]; endlich daß nur im zweiten Fall eine Editionsklage nachfolgen kann.[7]

Bezüglich dieser Klage ist noch der Fall besonders hervorzuheben, wenn sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten befindet. Es erfolgt dann die Antretung des Beweises, bezw. des Aechtheitsbeweises durch den Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mittheilung der Urkunde zu ersuchen. „Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen im Stande sind, keine Anwendung"; so daß auf Bestimmung einer Frist zur Herbeischaffung der Urkunde anzutragen und, wenn sie nicht auf gütlichem Wege erlangt werden kann, dann sofort die Editionsklage anzustellen ist. „Verweigert die Behörde oder der Beamte" (dem ersuchenden Gericht) „die Mittheilung der Urkunde in Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Vorlegung auf §. 387" (der C. P. O.) „gestützt wird, so finden die Bestimmungen der §§. 393—396" und somit auch die eigentliche Editionsklage „Anwendung."[8]

Zur Begründung dieser Editionsklage sind folgende Behauptungen aufzustellen:

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Besondere Grundsätze kommen in dieser Hinsicht nicht zur Anwendung; namentlich ist das Gericht der Hauptsache, weil letztere bei demselben anhängig ist, noch nicht für die Editionsklage zuständig. Anders im Fall der C. P. O. §. 126 Abs. 2, welcher besonders geregelt ist.

2) Die Activlegitimation des Klägers. In dieser Beziehung gelten ebenfalls die gewöhnlichen Regeln; nur kommt hinzu, daß Kläger eine Partei in dem Hauptproceß ist.

3) Die Passivlegitimation des Beklagten, welcher ein Dritter, außer den Parteien des Hauptprocesses, ist. Ein Nebenintervenient, welcher

---

[6] C. P. O. §. 398.

[7] C. P. O. §. 394.

[8] C. P. O. §. 397. Vgl. auch §. 406. Der Rechtsweg würde landesgesetzlich gar nicht ausgeschlossen werden können. Ob aber neben oder anstatt der Klage auch ein administrativer Beschwerdeweg eingeschlagen werden kann, ist nach Landesgesetzen zu entscheiden.

nicht Streitgenosse ist, muß auch als Dritter behandelt werden; desgleichen der Streitgenosse des Beweisführers.

4) Der Gegenstand, welcher in Vorlegung der Urkunde zum Zweck der Beweisführung in dem Hauptproceß besteht.

5) Der Grund der Klage. „Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet[9]", nämlich

„1. wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;

2. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen."[10]

Nach §. 388 der C. P. O. ist der Gegner „auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatze geschehen ist".[11]

Bei unserer Editionsklage muß die im §. 387 unter 2 erwähnte Gemeinschaftlichkeit natürlich zwischen dem Kläger und dem Dritten vorhanden sein.

Der Fall des §. 388 kann bei der Klage gegen den Dritten nur sehr selten vorkommen. Wenn auch ein anderweitiger Proceß zwischen dem Kläger und dem Dritten anhängig gemacht sein und in diesem der beklagte Dritte sich auf Urkunden zur Beweisführung bezogen haben sollte, so würde deren Vorlegung doch nur für diesen anderweitigen Proceß, nicht für diejenige Hauptsache, mit welcher die Editionsklage in Verbindung steht, verlangt werden können. Es kann aber der Fall des §. 388 dann vorkommen, wenn Beklagter als Nebenintervenient im Stammproceß auf Urkunden zur Beweisführung Bezug genommen hat.

Im Uebrigen gelten die vorstehenden Grundsätze unter 1—5 auch für den Fall eines Aechtheitsbeweises nach der C. P. O. §. 406.[12]

---

[9] C. P. O. §. 394. Die privatrechtliche Editionspflicht des Dritten geht demnach nicht so weit, als die öffentlichrechtliche Zeugnißpflicht. Mot. zu §. 394.

[10] C. P. O. §. 387.

[11] Vgl. C. P. O. §. 125.

[12] Man beachte auch noch den Art. 37 des H. G. B. wegen Vorlegung der

6) Der Antrag, welcher sich im Allgemeinen aus dem zu 4 Bemerkten ergibt. Insbesondere ist dabei zu beachten, daß an sich nicht immer Herausgabe an den Kläger, sondern oft nur entweder diese oder Vorlegung bei Gericht durch den Beklagten selbst wird beantragt werden dürfen. Ist Kläger allein zum Besitz berechtigt, etwa als alleiniger Eigenthümer, so kann er auch unbedingt Herausgabe an sich selbst verlangen.[13]

Es fragt sich nun noch, ob eine Editionsklage mit Rücksicht auf einen demnächst erst anhängig zu machenden Proceß blos auf den im §. 387 unter 2 aufgeführten Grund hin gegen die demnächstige Partei oder einen Dritten angestellt werden könne. Diese Frage hat namentlich deshalb praktische Bedeutung, weil im Urkunden- und Wechselproceß die Antretung des Urkundenbeweises nur durch Vorlegung der Urkunden erfolgen kann, man sich also vorher die Möglichkeit der Vorlegung verschaffen müßte; ferner weil eine vorherige Herbeischaffung auch für andere Proceßarten zur Vermeidung von Verzögerungen rathsam sein könnte. Eine Ausdehnung des §. 387 unter 2 auf unseren Fall könnte nur auf eine Gesetzesanalogie gestützt werden. Diese erfordert eine Gleichheit des Grundes. Eine solche liegt aber nicht vor, da das Interesse des Klägers im Fall eines schon anhängig gemachten Processes größer ist, als wenn es sich um einen erst anhängig zu machenden handelt. Demnach ist die

---

Handelsbücher der Gegenpartei und dazu Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 49 und 36. B. Nr. 208; ferner Art. 79, betreffend die Vorlegung des Tagebuchs des Handelsmäklers.

Die Ansicht von Behrend a. a. O. S. 301 und 302, daß bei der Anwendung des Art. 37 der Rechtsstreit jedenfalls eine Handelssache betreffen müsse, kann ich nach der klaren Fassung des Art. 37 nicht für richtig halten. A. M. das Wiener Oberlandesgericht, welches den Art. 37 nur auf Rechtsstreitigkeiten bezieht, „welche Handels- und denselben gleichzuhaltende Geschäfte, deren im H. G. B. Erwähnung geschieht, zum Gegenstande haben". Busch a. a. O. 21. B. S. 22—23.

Der Grund der Bestimmung des Art. 37 hängt theils mit dem in gewisser Weise öffentlichen Charakter der Handelsbücher (H. G. B. Art. 28), theils mit dem officiellen richterlichen Fragerecht (Busch a. a. O., Neue Folge, 2. B. [Leipzig 1873], S. 113 und 114; Seuffert's Archiv 26. B. Nr. 100) zusammen. Diese Gesichtspunkte lassen die angegebenen Beschränkungen Behrend's und des Wiener O. L. G. als ganz gleichgültig erscheinen. — Die Handelsbücher des Art. 37 und das Tagebuch des Art. 79 sind keine gemeinschaftlichen Urkunden im Sinne des §. 387 der C. P. O. — Der Art. 79 erfordert nicht einen Antrag einer Partei.

[13] Die vorstehende Klage für den Fall des §. 387 Ziffer 2 nicht auch bei der Anhängigkeit der Hauptsache vor einem Schiedsgericht für zulässig zu halten, dazu liegt kein hinlänglicher Grund vor.

aufgeworfene Frage dahin zu beantworten, daß nur wegen der im §. 387 unter 1 erwähnten Gründe mit Erfolg geklagt werden könne.

Diese Gründe reichen nicht so weit, als die Fälle des §. 387 unter 2. Dabei ist aber zu beachten, daß die actio ad exhibendum ausnahmsweise anstatt eines dinglichen oder persönlichen Anspruchs nur anderweitig ein rechtliches Interesse, eine justa et probabilis causa, an der Exhibition erfordert. Damit würde man allerdings jedenfalls ebensoweit kommen, als auf Grund des §. 387 unter 2. Indessen doch nur ausnahmsweise, wenn eine justa et probabilis causa nachgewiesen werden kann.

§. 369.

T. Die Klage auf Leistung des Interesses im Fall der Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe von Sachen, zur Leistung einer Quantität beweglicher Sachen oder Werthpapiere und zur Vornahme von Handlungen oder zu Unterlassungen.

Wenn im Fall der Verurtheilung zu den bezeichneten Handlungen oder Unterlassungen die Realexecution erfolglos gewesen ist oder im Fall der Vornahme derselben sein würde, kann auf das Interesse geklagt werden. Zur Begründung der Klage darauf ist Folgendes hervorzuheben:

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Ausschließlich zuständig[1], und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe des Interesses, ist das Proceßgericht erster Instanz im Vorverfahren.[2]

2) Die Activlegitimation des Klägers zur Sache. Activ legitimirt ist der Kläger im voraufgegangenen Proceß; der Beklagte kann es nur als Widerkläger sein, nicht auch in Ansehung der dem Kläger auferlegten Proceßkosten, weil dabei die vorausgesetzte, zu beschaffende Leistung fehlt, auch von einem Interesse als Ersatz derselben nicht die Rede sein kann.[3]

3) Die Passivlegitimation des Beklagten zur Sache. Dies ist der Beklagte oder Widerbeklagte des Vorprocesses.

4) Der Gegenstand, d. i. die Leistung des Interesses, welches genau zu specificiren ist.

---

[1] C. P. O. §. 707.

[2] C. P. O. §. 778.

[3] Der Ausdruck „Gläubiger" im §. 778 der C. P. O. ist im weitesten Sinne aufzufassen, so daß es sich im Vorproceß auch um dingliche Rechte, um Familienrechte u. d. m. außer Obligationen gehandelt haben kann.

Vgl. auch oben §. 2 S. 8 und 9 unter II.

5) Der Grund der Klage. Dieser besteht darin, daß Beklagter zur Herausgabe von Sachen oder zur Leistung einer Quantität beweglicher Sachen oder Werthpapiere oder zu einer Handlung oder Unterlassung verurtheilt sei[4]; daß dies Urtheil vollstreckbar geworden[5]; daß die Zwangsvollstreckung ganz oder zum Theil[6] erfolglos[7] gewesen sei oder im Fall der Vornahme erfolglos sein würde[8], und daß das specificirte Interesse sowohl nach seinem Betrage als auch nach dem ursachlichen Zusammenhange zwischen demselben und der wirklichen oder anzunehmenden Erfolglosigkeit der Realexecution begründet sei.

6) Der Antrag. Derselbe geht auf Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des specificirten Interesses an den Kläger.[9]

---

[4] C. P. O. §§. 769—779, insbesondere §. 778.

[5] Rechtskraft ist nicht erforderlich.

[6] Dahin gehört nicht die verspätete Erfüllung. In einem solchen Falle wäre freilich eine Klage auf das Interesse möglich, aber für sie wäre nicht mehr das forum connexitatis ausschließlich anwendbar. v. Wilmowski und Levy a. a. O. zu §. 778 Note 2.

[7] Die Erfolglosigkeit braucht nicht durch Leistung oder Verweigerung des Offenbarungseides festgestellt zu sein. Vgl. Struckmann und Koch a. a. O. zu §. 769 Note 3.

[8] Sofern nicht das Eine oder Andere nachgewiesen werden kann, ist die Klage auf das Interesse noch nicht begründet.

Es stimmt die vorliegende Klage freilich im Wesentlichen, aber doch nicht ganz mit einer von Vorne herein auf das Interesse gerichteten Klage überein. Insbesondere ist bei letzterer u. A. auch zu behaupten, daß die primäre Leistung nicht erfolgt sei (was rechtlich vermuthet wird), sodann aber, daß selbige unmöglich geworden oder jetzt nicht mehr annehmbar sei, was Kläger beweisen muß. Vgl. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast (Jena 1858), S. 51 fg. und S. 139 fg. S. auch Maxen a. a. O. S. 161—173. Letzterer geht von der irrigen Ansicht aus, daß die Leistung des Interesses in obligatione, die primäre Leistung in solutione sei und daß demnach bei einer Klage auf das Interesse von Vorne herein die Unmöglichkeit oder nunmehrige Unannehmbarkeit der primären Leistung erst gegen eine Exception in der Replik geltend gemacht zu werden brauche. S. dagegen l. 91 §. 6 D. de V. O. (45; 1).

[9] Die Klage auf das vorliegende Interesse und selbst auch die Verurtheilung zur Leistung desselben entzieht dem Kläger an sich noch nicht die rechtliche Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung wegen der primären Leistung zu veranlassen, sofern sie durchführbar ist, und die Interessenforderung fallen zu lassen. Denn eine Novation oder ein Verzicht liegen an und für sich nicht vor. Auch könnte der Beklagte an und für sich, also abgesehen von besonderen Fällen, anstatt des eingeklagten oder anerkannten Interesses nachträglich die primäre Leistung beschaffen und sich dadurch von der Klage, bezw. der Verurtheilung wegen des Interesses befreien. Beim Antrage braucht aber dies nicht berücksichtigt zu werden.

Siebente Abtheilung.

§. 370.

Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Obschon die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (in integrum restitutio oder integri restitutio, sehr selten restitutio in integrum genannt) auch den Civilproceß berührt, so wird jetzt doch nur die das bürgerliche Recht betreffende berücksichtigt werden.

Es interessirt uns blos diejenige Restitution, welche als Klage aufzufassen ist. Dadurch ist schon das civilprocessualische Rechtsmittel der Restitution ausgeschlossen. Und die civilprocessualische Restitutionsklage ist bereits besprochen, da sie von den anderen civilprocessualischen Klagen füglicherweise nicht getrennt werden konnte. Für diese, wie jenes Rechtsmittel, ist die Reichscivilproceßordnung die in Betracht kommende Quelle, während andererseits die civilrechtliche Restitution fast ausschließlich das Corpus Juris Civilis zur Quelle hat.

Von letzterer sind die Restitutionsklagen im engeren Sinne, wie die actio doli, die actio quod metus causa, die actio Pauliana und andere, verschieden.

Es gibt noch eine Art gesetzlich oder ipso jure eintretender, also nicht erst durch die eigentliche in integrum restitutio oder eine actio restitutoria herbeizuführender Restitution, z. B. beim Römischen postliminium. Zu der ipso jure eintretenden Restitution rechne ich auch den Fall, wenn ein neues Flußbett entstanden ist. Die bloße Inundation hebt das Eigenthum nicht auf.[1] Hat sich aber ein neues Flußbett gebildet und wird dies später wieder verlassen, so fragt sich, ob der frühere Eigenthümer sein Eigenthum wieder erlange oder ob jenes den angränzenden Eigenthümern gehöre. §. 23 J. de rer. div. (2; 1) bestimmt letzteres. Dagegen sprechen l. 7 §. 5 und l. 30 §. 3 D. de acq. rer. dom. (41; 1). Es wird auf die Länge der Zeit ankommen, während welcher das Flußbett bestanden hat. Wenn sie nach richterlichem Ermessen nicht zu erheblich ist, muß aus Billigkeitsrücksichten der frühere Eigenthümer ipso jure sein Eigenthum wieder erlangen, gewissermaßen in Folge einer gesetzlichen Restitution oder, um mich eines von Ihering anderweitig gebrauchten Ausdrucks zu bedienen, in Folge einer passiven Gebundenheit der Sache. Gerade der Umstand, daß das neue Flußbett nur eine nicht erhebliche Zeit lang bestanden hat, recht-

---

[1] §. 24 J. de rer. div. (2; 1).

fertigt die Gebundenheit. Sie ist erst aufzugeben, wenn die Zeit zu erheblich geworden und damit ein genügend fester Zustand geschaffen ist.

Einige meinen, daß die eigentliche civilrechtliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[2] antiquirt sei, bald weil man jetzt von Rechtswegen, nicht blos aus Billigkeitsrücksichten, einen Anspruch auf richterliche Hülfe in den Fällen der Römischen Restitution habe, bald weil heutigen Tages durch ein besser geordnetes Vormundschaftswesen der hauptsächlichste Grund zur Restitution beseitigt sei. Beide Ansichten sind willkürlich. Ueberdies begünstigt die eine zu sehr Nachlässigkeiten und die andere legt dem jetzigen Vormundschaftswesen im Vergleich mit dem Römischen einen zu hohen Werth bei. Dazu kommt, daß auch die neueren Gesetze die civilrechtliche Restitution als praktisch anwendbar betrachten, z. B. das H. G. B. Art. 149; das Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868, §. 65; das Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, §. 8; das Reichsgesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden, vom 13. Februar 1875, §. 16; die C. P. O. §. 210.

Zur Begründung der eigentlichen civilrechtlichen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind nun in der Klage (der s. g. imploratio officii judicis) folgende Behauptungen mit genügender Genauigkeit aufzustellen.

1) Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Im Allgemeinen kommen die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung. Wenn aber der Gegenstand der Imploration die Restitution einer verloren gegangenen Klage ist, so wird der Restitutionsproceß (s. g. judicium rescindens) in dem für die wiederherzustellende Klage (judicium rescissorium oder restitutorium)[3] zuständigen Gerichtsstande anhängig gemacht werden

---

[2] Die Merkmale derselben, die als extraordinarium auxilium bezeichnet wird (l. 16 pr. D. de minoribus viginti quinque annis [4; 4]), sind:

a) das prätorische Recht als Quelle;

b) die Billigkeit als Grund des Gesetzes;

c) der magistratus als entscheidendes Gericht (anders, als bei actiones restitutoriae — l. 9 §. 7 D. quod metus causa gestum erit [4; 2] —);

d) ein freieres Ermessen über die Billigkeit in dem vorliegenden Fall als Entscheidungsgrund. Wenn man dabei von einer Gnade sprechen will, wie Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Göttingen 1831), §§. 1 und 3, so hat dies keine Berechtigung. Vielmehr ist, wenn auch mit Zulassung eines freien Ermessens, Alles sehr genau gesetzlich bestimmt. Von einer Gnade kann schon deshalb keine Rede sein, weil eine solche doch nicht auf Kosten und zum Nachtheil eines Privaten erfolgen dürfte.

Vgl. l. 1, 3, 7 pr. §. 1 D. de in integrum restitutionibus (4; 1), und v. Savigny, System, 7. B. (Berlin 1848), §. 317.

[3] Dies kann eine actio in personam oder eine actio in rem sein. Die Bezeichnung jeder actio rescissoria als actio Publiciana ist nicht gerechtfertigt, da

können. Dies folgt aus den Grundsätzen über die materielle Connexität und dem Satze, daß die Nebensache der Hauptsache folgt.[4]

2) Die Legitimation des Klägers zur Sache. Dies kann sein der Verletzte; auch dessen Erbe, sonstiger Universalsuccessor oder Cessionar.[5]

Ein Bürge ist nur ausnahmsweise activ zur Sache legitimirt, nämlich dann, wenn der Grund der Restitution ihn gerade betrifft, z. B. er minderjährig ist oder wenn der Grund ihn mitberührt, z. B. der Gegner sich eines Dolus schuldig gemacht hat, oder sonst die Billigkeit für den Bürgen und gegen den Gläubiger spricht. Im Zweifel kann er nicht klagen, weil meistens die Verbürgung auch eine Sicherheit gegen die Restitution gewähren soll, oder das auxilium restitutionis nicht einer exceptio rei cohaerens gleichgestellt werden kann, oder der Gegner als Vertheidiger des eingetretenen rechtlichen Zustandes den Vorzug haben muß.[6]

---

die l. 35 pr. D. de O. et A. (44; 7) und die l. 57 D. mand. v. contra (17; 1) auf die actio in rem Publiciana sich beziehen. Vgl. v. Savigny, System, 7. B. §. 329.

[4] Vgl. C. P. O. §§. 34, 61, 547, 799 und 816, sowie die Mot. zu §. 34. Nach der C. P. O. steht weder einer Trennung, noch einer Häufung des judicium rescindens und des judicium rescissorium etwas im Wege. Im Fall der Häufung kann das Gericht nach §§. 137, 216, 276 und 553 vorläufige Beschränkung auf das judicium rescindens anordnen. Die Trennung ist so zu verstehen, daß erst nach Erledigung des judicium rescindens das judicium rescissorium anhängig gemacht wird; nicht umgekehrt, auch nicht so, daß beide gleichzeitig in verschiedenen Klagen anhängig gemacht werden könnten. Es würde dann für das judicium rescissorium die Nativität fehlen. Einer Häufung steht dieser Umstand nicht im Wege, weil sie selbstverständlich durch einen günstigen Ausfall des judicium rescindens bedingt ist.

[5] L. 6 D. de in int. rest. (4; 1).

L. 3 §. 9, l. 18 §. 5 D. de min. (4; 4). Wenn der Eigenthümer einer Sache in Ansehung derselben gegen einen Dritten die in integrum rest. mit Erfolg nachsuchen könnte, würde ein Singularsuccessor nicht ohne Weiteres ein gleiches Recht haben. v. Vangerow a. a. O. §. 179; v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, I. S. 215.

[6] L. 7 §. 3 D. de min. (4; 4).
L. 7 §. 1 D. de exc., p. e. p. (44; 1).
C. 1 C. de filiofamilias minore (2; 22).
C. 1 und 2 C. de fidejussoribus minorum (2; 23).
L. 95 §. 3 D. de sol. et lib. (46; 3).
L. 51 pr. D. de proc. et def. (3; 3).
L. 3 §. 4 und 11 D. de min. (4; 4).
L. 13 pr. D. eod. l.

Nach der letzten Stelle ist der Mandator stets ohne Weiteres so zu behandeln, als ob er gerade auch gegen die Restitution Sicherheit gewähren solle.

3) Die Legitimation des Beklagten. Zu belangen ist derjenige, welcher durch die Verletzung des Klägers oder seines Vorgängers unmittelbar einen Vortheil erlangt hat, mag er den zu restituirenden Gegenstand besitzen oder nicht.[7] Die Erben haften gleichfalls. Ausnahmsweise, z. B. bei zu restituirenden actiones in rem oder in rem scriptae, oder im Fall eines Zwanges als Restitutionsgrundes, haftet Jeder, qui habet facultatem restituendi (restitutio in rem).[8] —

Ist ein Minderjähriger durch einen Verkauf (oder einen sonstigen Rechtsact) verletzt und hat der Käufer (oder Erwerber) weiter verkauft (oder veräußert), so kann jener nicht blos gegen den ersten Käufer u. s. w.,

---

[7] L. 29 §. 2 D. de min. (4; 4). — Die Ansicht (z. B. Mühlenbruch's, Pandekten, 4. Auflage [Halle 1844], §. 160 Note 1), daß bei einem Restitutionsgesuch außerhalb des Processes es eines bestimmten Gegners nicht bedürfe, muß im Allgemeinen verworfen werden. Aus den dafür angeführten Stellen (l. 3 §. 7, l. 7 §. 5, l. 24 §. 2 D. de min. [4; 4]; tit. C. si minor ab hereditate se abstineat [2; 38]) läßt sich jene Ansicht nicht begründen. Vgl. dagegen l. 13, 14 D. de min. (4; 4); l. 23 §. 3, l. 30 §. 1 D. ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur (4; 6); c. 3 C. de his, quae vi metusque causa gesta sunt (2; 19); c. 10 C. de resc. vend. (4; 44); Nov. 119 c. 6.

Sofern es sich jedoch um einen versäumten Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit u. d. m. handelt, der ohne Gegner hätte erwirkt werden können (vgl. oben §. 70 Note 1), würde auch ohne solchen restituirt werden können, aber ohne Präjudiz für etwaige Interessenten. L. 29 §. 2 D. de min. (4; 4).

[8] L. 9 pr., l. 13 §. 1 D. de min. (4; 4).
L. 17 pr. D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6).
L. 15 §. 9 — l. 19 pr. D. loc. cond. (19; 2).
C. 3 C. de his, quae vi (2; 19).

Der Grund, weshalb die s. g. vis compulsiva und deren Folge, der metus, in rem wirken, ist ein ziemlich natürlicher. Während die s. g. vis absoluta den Willen ganz aufhebt, also eine Nichtigkeit und die Statthaftigkeit einer Vindication begründet, hebt freilich die vis compulsiva den Willen nicht auf, begründet also keine Nichtigkeit und Vindicabilität, steht aber doch der vis absoluta näher, als andere unstatthafte Beeinflussungen des Willens, insbesondere als der Dolus. Daher ist die actio quod metus causa freilich nur eine actio in personam, aber doch in rem scripta, während die actio doli eine reine actio in personam ist. Gleiche Wirkung hat die vis compulsiva nicht immer, z. B. nicht beim interdictum de vi, einem Rechtsmittel, dem die Natur einer Delictsklage anhaftet, und welches somit gegen Dritte nicht gegeben werden konnte. Ueberhaupt brauchte der Besitz nicht in gleichem Maße, wie das Recht, geschützt zu werden. Dagegen wird das bei der actio quod metus causa Geltende unzweifelhaft auch bei der in integrum restitutio wegen metus gelten müssen, weil letztere ja nur die Grundlage der actio quod metus causa ist und daher sogar eher, als diese, anwendbar sein kann. Wie denn auch wegen Dolus, ungeachtet die actio doli nicht in rem scripta ist, eine Restitution doch unter Umständen in rem möglich ist; wenn auch in beschränkterem Maße, als eine Restitution in rem wegen metus.

sondern, wenn dieser zahlungsunfähig ist oder der folgende Käufer u. s. w. beim Kauf die Sachlage kannte, oder es sich um Abwendung großer Schäden handelt, auch gegen den folgenden Käufer oder späteren Erwerber restituirt werden. Dabei können denn auch der erste und folgende Erwerber als Streitgenossen belangt werden. [9]

Im Fall der Intercession von Seiten einer Frau kann der Minderjährige gegen die exceptio S. C. Vellejani nur im Fall der Zahlungsunfähigkeit seines Hauptschuldners restituirt werden. [10] Er hat also zur Passivlegitimation diese Zahlungsunfähigkeit zu behaupten, braucht dies aber erst in Folge der vorgebrachten exceptio S. C. Vellejani in der Replik zu thun.

Steht der verletzte Minderjährige sowohl einem Bürgen, als auch einem Gläubiger gegenüber, so kann er gegen beide eine Restitution nachsuchen. Ob schließlich der Gläubiger oder der Bürge den Schaden tragen soll, kommt auf die Umstände an. Im Zweifel wird der Bürge ihn tragen müssen. [11] —

Ascendenten (und Patrone) können nicht belangt werden, es möchte denn gerade in dem Abhängigkeitsverhältniß die Verletzung bestehen, oder es möchte eine vom Kinde ausgeschlagene Erbschaft vom Vater angetreten sein. [12]

4) Der Gegenstand. Dem Gegenstande nach kann die Restitution entweder einen endgültigen Zustand herbeiführen oder einen solchen, dessen schließlicher Erfolg noch von dem Durchdringen mit dem restituirten Rechtsmittel (Klage, Einrede u. s. w.) abhängt.

Im ersteren Fall tritt Wiedererlangung der früheren Rechte und Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten ein. Die Accessorien des verlorenen Rechts, namentlich Pertinentien und gezogene, sowie im Fall der mala fides auch vernachlässigte Früchte, sind ebenfalls zu restituiren. Es ist im Fall der mala fides Ersatz zu leisten für Beschädigungen; ebenso dann, wenn Beklagter das, was er durch das verletzende Ereigniß erhalten oder behalten hat, nicht mehr restituiren kann.

---

[9] L. 9 pr., l. 13 §. 1, l. 14, l. 15 D. de min. (4; 4). C. 1 und 2 C. si adversus venditionem pignorum etc. (2; 28).
L. 39 pr. D. de ev. (21; 2).
C. P. O. §§. 56, 57, 66.

[10] L. 12 D. de min. (4; 4).

[11] S. die Note 6.

[12] C. 2 C. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt (2; 41).
L. 3 §. 6 D. de min. (4; 4).
C. 2 C. si adversus rem judicatam restitutio postuletur (2; 26).
C. 8 §. 1 C. de bonis, quae lib. (6; 6).
Vgl. auch die nicht glossirte Nov. 155 c. 1.

Im Fall der bona fides haftet Beklagter in diesen Hinsichten, soweit er bereichert ist. Verzugszinsen muß Beklagter mitentrichten, sofern er nur wirklich in Mora versetzt ist. Der Regel nach wird ihm die Nichtleistung vor gerichtlicher Ertheilung der Restitution nicht als Mora zur Last gelegt werden können.[13]

Andererseits hat auch der Impetrant alles das, was er erhalten hat, nebst Zubehör, Früchten und Ersatz für Beschädigungen u. s. w. zurückzuliefern.[14]

Nothwendige und nützliche Verwendungen auf zurückgelieferte Sachen sind von beiden Theilen zu ersetzen. Wegen impensae voluptuariae kann dem Imploranten und im Fall einer mala fides des Imploraten auch diesem nur das Recht zur Wegnahme gewährt werden.[15]

Minderjährige Kläger haften, soweit sie bereichert sind oder sie sich eines Dolus schuldig gemacht haben oder, wenn den Beklagten in Betreff der Eingehung des Geschäfts und der Leistung kein Verschulden trifft, soweit an sie etwas gekommen war, es möchte sich denn um eine nicht vertretbare, durch Zufall untergegangene oder verschlechterte Sache handeln.[16]

Dritten schadet oder nützt der Restitutionsproceß im Allgemeinen nicht. Jedoch wird durch Aufhebung einer Verbindlichkeit ausnahmsweise auch die Bürgschaft oder gesetzliche Haftung dafür oder ein Pfand mitaufgehoben.[17] Umgekehrt müssen bei Wiederherstellung einer Verbind-

---

[13] L. 24 §. 4, l. 27 §. 1 D. de min. (4; 4).

[14] L. 3 §. 5, l. 24 §. 4, l. 27 §. 1, l. 40 §. 1 D. eod. l.
C. 1 und 2 C. si adversus transactionem vel divisionem in integrum minor restitui velit (2; 31).
C. 2 C. si ut omissam hereditatem, vel bonorum possessionem, vel quid aliud acquirat (2; 39).
C. 1 C. de reputationibus, quae fiunt in judicio in integrum restitutionis (2; 47).

[15] L. 39 §. 1 D. de min. (4; 4). L. 32 §. 5 D. de adm. e. p. t. (26; 7). L. 10 §. 20 D. quae in fraud. cred. (42; 8). C. 1 X. de in integrum restitutione (1; 41). Die Ansicht, daß Imploraт auch dann, wenn er bona fide die impensae voluptuariae gemacht hat, nur das Recht zur Wegnahme habe, kann ich nicht für richtig halten.

[16] L. 24 §. 4, l. 27 §. 1, l. 47 §. 1 D. de min. (4; 4). L. 32 §. 4 D. de adm. e. p. t. (26; 7). C. 1 §. 2 C. de reput. (2; 47).

[17] In Ansehung der Bürgschaft und gesetzlichen Haftung für die Schuld s. Note 6. Daß die dem Hauptschuldner ertheilte Restitution dem Bürgen in einem weiteren Umfange zu Gute komme, als die erst zu gewährende, hat weder die Natur der Sache, noch ein Gesetz für sich. Ein vom Restituirten bestelltes Pfand wird allerdings stets wegfallen; ein von einem Dritten bestelltes nur ausnahmsweise, wenn die Billigkeit für den Verpfänder und gegen den Gläubiger spricht.

lichkeit die früheren accessorisch Verpflichteten, z. B. der Bürge und der Correalschuldner, sowie die Pfänder[18] wieder haften.

Was die Leistungen des Klägers anbetrifft, so ist es nicht nothwendig, wenn auch, namentlich mit Rücksicht auf ganz oder theilweise zu erreichende Abwendung einer Verurtheilung zur Tragung der Proceßkosten, zweckmäßig, daß er sich in der Klage dazu erbiete. Er kann eine Einrede des Beklagten abwarten und jedenfalls noch in der Replik das Erforderliche bemerken. Dann wäre die Restitution zu ertheilen und Beklagter zu verurtheilen, die ihm obliegenden Leistungen zu erfüllen, und zwar unter Abzug einer compensablen Gegenforderung oder nach oder gegen Erfüllung des Klägers oder Cautionsleistung deshalb in Ansehung der nicht compensablen, also blos retentionsweise geltend gemachten Gegenansprüche. Während sonst die Einrede des Retentionsrechtes in der Regel Abweisung des Klägers zur Zeit nach sich zieht, dürfte im vorliegenden Fall das bezeichnete Erkenntniß gerechtfertigt sein. Der Grund liegt darin, daß die Imploration wegen Restitution wenigstens theilweise immer die Natur einer zunächst erst zu erledigenden Feststellungsklage hat.[19]

Bezüglich der Wirkungen für Dritte würde darauf die Klage zu richten sein, daß Beklagter den Eintritt dieser Wirkungen anzuerkennen habe.

5) Der Grund.

Dieser, bei dem die vorgeschriebene causae cognitio[20] mit zu berücksichtigen ist, besteht:

a) in einem nicht besonders ausgenommenen[21], namentlich nicht selbst verschuldeten[22] Nachtheil, welcher nicht nothwendig ein Vermögens-

---

[18] L. 27 §. 2, l. 50 D. de min. (4; 4).

[19] Vgl. l. 24 §. 4, l. 27 §. 1, l. 33, l. 35, l. 39 §. 1, l. 41 D. de min. (4; 4); c. 6 C. de restitutionibus militum, et eorum, qui reipublicae causa absunt (2; 50); c. 2 C. de uxoribus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt (2; 51), und oben §. 110 Note 14 und 15, §. 111 Note 2, §. 282 A e und B a 5.

[20] L. 3 und 8 D. de in int. rest. (4; 1). L. 11 §. 3, l. 13 pr. D. de min. (4; 4). C. 3 C. de in int. rest. min. (2; 21). C. 1 C. si adv. sol. (2; 32). C. 1 und 11 C. de praed. et al. reb. min. (5; 71).

[21] Ungeachtet der causae cognitio ist es nicht Sache des Klägers, den Mangel von Ausnahmen darzulegen. Dies gilt auch von der Verjährung.

C. 4 C. de in int. rest. min. (2; 21).

[22] L. 7 pr. D. de in int. rest. (4; 1).

L. 15 §. 3, l. 16 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6). Bei Minderjährigen würde nur im Fall eines Dolus oder Delicts nicht restituirt werden können. C. 2 und 3 C. si minor se majorem dixerit vel major probatus fuerit (2; 42). L. 9 §. 5 D. de min. (4; 4).

nachtheil oder ein positiver Verlust sein muß.[23] Auch ist nicht eine Restitution zu ertheilen, wenn es sich um eine geschlossene Ehe[24] oder den verlorenen Besitz handelt, weil dem nicht auf sorgfältigster Prüfung beruhenden Eheschließen entgegen zu treten und der Besitz ein thatsächliches Verhältniß ist.[25] Die Zulässigkeit der Restitution wird dadurch nicht beseitigt, daß es sich um eine Restitution gegen den Ablauf der 30jährigen Verjährungszeit handelt. Manche sind a. M. wegen c. 3 C. de praesc. trig. ann. (7; 39), bezw. l. 20 pr. D. de min. (4; 4). Dagegen ist nach dem H. G. B. Art. 149 die Restitution gegen die fünfjährige Verjährung der Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die offene Handelsgesellschaft nach Auflösung der Gesellschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung unstatthaft. Dasselbe gilt für die Commanditgesellschaft (H. G. B. Art. 172).[26] —

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 1. B. (Göttingen 1838), §. 178, sagt: „Die erste Voraussetzung ist die eines für die Restitution im Allgemeinen geeigneten Vorganges"; ferner: „Zweitens wird erforderlich eine Verletzung". Dies ist logisch ganz richtig, aber völlig selbstverständlich, da ohne Vorgang eine Verletzung nicht möglich ist. Deshalb scheint mir eine Sonderung beider nicht erforderlich zu sein; also das, was ich soeben unter a bemerkt habe, umfaßt beides. —

Daß Implorant die Verletzung insbesondere nachweisen, d. h. begründen und beweisen müsse, ist selbstverständlich. Dies wird auch mehrfach namentlich hervorgehoben, z. B. in l. 7 §. 3, l. 35 D. de min. (4; 4); c. 5 pr. C. de in int. rest. min. (2; 21); c. 1 C. si adv. vend. pign. (2; 28).

b) Kläger soll nicht ipso jure oder auch durch ein sonstiges restitutorisches Rechtsmittel, z. B. eine condictio, munitus sein.[27]

---

[23] L. 7 §. 6, l. 35 D. de min. (4; 4). L. 27 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6). L. 17 §. 3 D. de usur. (22; 1).

[24] C. 9 X. de desp. imp. (4; 2). Gegen Verlöbnisse kann restituirt werden.

[25] L. 19 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6). L. 12 §. 2 D. de capt. (49; 15). Danach dürfte auch der Verlust eines Retentionsrechts nicht durch Restitution beseitigt werden können. A. M. v. Holzschuher a. a. O., 2. Auflage, I. S. 116 und 117.

[26] Ueber andere Ausnahmen vgl. v. Vangerow a. a. O. §. 177 Anm. 2.

[27] L. 16 pr. §. 2 D. de min. (4; 4). C. 4 C. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est (2; 40). Jedoch concurrirt die rest. in integrum mit der actio und exceptio metus, der Klage aus der Vormundschaft gegen den Vormund und der Contractsklage wegen dolus bei negotia bonae fidei. L. 9 §. 3 und 4, l. 21 §. 6 D. quod met. causa (4; 2). L. 7 §. 8, l. 39 §. 1, l. 47 §. 1 D. de min. (4; 4). C. 3 und 5 C. si tutor vel curator intervene-

c) Der Nachtheil des Klägers darf nicht unerheblich sein.[28]

d) Ueberdies ist ein besonderer Restitutionsgrund im engeren Sinne als Ursache[29] der Verletzung erforderlich. Diese sind[30a]:

aa) Abwesenheit (absentia) im weiteren Sinne, d. h. nach der clausula generalis des Edicts über die Restitution jedes entschuldbare Hinderniß einer vorzunehmenden Thätigkeit, so daß dieser Grund nur bei Unterlassungen anwendbar ist. Namentlich genügt

1) Abwesenheit des zu Restituirenden in öffentlichen Angelegenheiten ohne Dolus und Abwesenheit aus gerechter Furcht, aber auch Wahnsinn[30b], eine Curatel, unter welcher jener steht[30c], u. d. m.;

2) jede am nothwendigen Handeln hindernde Abwesenheit des dadurch unzugänglich gewordenen Gegners;

3) ebenfalls jede solche Abwesenheit eines Dritten, z. B. des Richters.

Die Abwesenheit braucht selbst in den Fällen unter 1 keine nothwendige oder löbliche zu sein. Es genügt auch die unterlassene Vertretung durch einen bestellten Procurator. Die zum Theil widersprechenden Stellen des C. J. Civ. sind theils historisch zu erklären, theils auf solche Fälle zu beziehen, in denen wegen Zahlungsfähigkeit des verantwortlichen Procurators, eigenen Verschuldens des Abwesenden u. d. m. kein Grund zu einer Restitution vorlag.[31]

---

rit (2; 24). C. 5 und 10 C. de resc. vend. (4; 44). Seuffert's Archiv 35. B. Nr. 266. Die von Burchardi a. a. O. S. 102—108 gegebene Auslegung der l. 16 §. 2 D. de min. (4; 4) scheint mir verfehlt zu sein.

[28] L. 9 §. 1, l. 49 D. de min. (4; 4). L. 4 D. de in int. rest. (4; 1). Vgl. auch l. 9 §. 5, l. 10, l. 11 pr. D. de dolo malo (4; 3); l. 54 D. de contr. emt. (18; 1); l. 24 §. 4, l. 27 pr., l. 46 D. loc. cond. (19; 2); l. 1 §. 8, l. 4 §. 6, l. 11, l. 48 §. 8 D. de aed. ed. (21; 1); c. 1 C. si adv. fisc. (2; 36); c. 8 X. de in int. rest. (1; 41); c. 11 X. de reb. eccl. al. (3; 13); H. G. B. Art. 849 Abs. 1; v. Vangerow a. a. O. §. 176.

[29] L. 11 §. 4 und 5, l. 44 D. de min. (4; 4). L. 44 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6).

[30a] Rusticität, weibliches Geschlecht, Veräußerung in fraudem creditorum u. d. m. sind keine selbständigen Restitutionsgründe.

[30b] L. 22 §. 2 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6).
L. 124 §. 1 D. de R. J. (50; 17).

[30c] Vgl. l. 22 §. 2 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6).

[31] L. 1 §. 1, l. 2 §. 1, l. 3—15, l. 26 pr. §. 4 und 9, l. 39 D. ex quib. caus. maj. — rest. (4; 6). L. 8 D. de in int. rest. (4; 1). C. 10 C. de proc. (2; 12). Dubium camerale vom 19. Mai 1786. Jetzt würde man im Proceß deshalb, weil der Bevollmächtigte etwas versäumt hätte, der Regel nach keine Restitution erlangen können, sofern es einer solchen mit Rücksicht auf einen statthaften Einspruch, das s. g. beneficium novorum u. d. m. überall bedarf. Vgl. C. P. O. §§. 210, 211, 213 und auch §. 543 Ziffer 4.

bb) Minderjährigkeit (minor aetas).[32] Diese ist auch anwendbar, wenn die Minderjährigen unmündig oder vertreten waren[33]; wenn ihnen Zahlungen geleistet und diese verloren sind; wenn sie auf Befehl ihres Hausvaters contrahirt haben[34]; wenn ihre Geschäfte obrigkeitlich bestätigt sind[35]; gegen die venia aetatis u. d. m.; aber meistens nicht, falls sie, wenn auch nur aus Culpa, delinquirt haben[36]; und nicht gegen ein eidlich bekräftigtes Geschäft.[37] Die Restitution der Minderjährigen ist ausgedehnt auf städtische Communen[38], Kirchen, milde Stiftungen, den Fiscus und Landgemeinden[39]; nicht auch sonstige juristische Personen, Personenvereine, Bevormundete, wie Verschwender, Wahnsinnige[40] u. s. w.

---

[32] Es gilt dabei die Momentenrechnung. L. 3 §. 3 D. de min. (4; 4).

[33] L. 8 D. de in int. rest. (4; 1). L. 29 pr., l. 34 §. 1 D. de min. (4; 4). Die Unterscheidung Einiger, ob der Vertreter kraft eigenen Rechts gehandelt habe oder nicht, so daß im ersteren Fall die Restitution zu versagen sei, ist nicht haltbar. Auch in jenem Fall ist die Minderjährigkeit die causa der Verletzung, weil der Minderjährige, falls er volljährig und ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre, besser als dieser für sich hätte sorgen können. Die Gesetze unterstützen jene auf den ersten Blick allerdings gefallende Unterscheidung auch nicht.

[34] Auch bei einem Gelddarlehn an den minderjährigen Haussohn auf Befehl des Vaters ist die Restitution jenes zuzulassen. N. e. l. 3 §. 4 D. de min. (4; 4) und c. 1 C. de fid. min. (2; 23). Vgl. v. Savigny, System, 7. B., Beilage XVIII.

[35] C. 11 C. de praed. et al. reb. min. (5; 71). Nur gegen die an den Vormund in Folge eines decretum de solvendo geleisteten Zahlungen kann nicht restituirt werden. C. 25 und 27 C. de adm. tut. (5; 37).

[36] L. 9 §. 2—5, l. 37 §. 1 D. de min. (4; 4).
C. 1 und 2 C. si adversus delictum etc. (2; 34).

[37] Ueber andere Ausnahmen s. v. Vangerow a. a. O. §. 183 Anm. 2. — Die W. O. enthält keine die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beseitigenden Bestimmungen, so daß z. B. auch gegen den Ablauf der Wechselverjährung wegen Minderjährigkeit des Wechselinhabers Restitution zulässig ist. E. d. R. O. H. G. 22. B. Nr. 69. — Wenn Minderjährige ein Handelsgeschäft betreiben oder als Handlungsgehülfen selbst haftbar sind, wird meistens die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen, obschon das H. G. B. keine allgemeine Bestimmung solcher Art enthält. Vgl. Endemann a. a. O. §§. 24 und 25, sowie auch H. G. B. Art. 149.

[38] C. 4 C. quib. ex caus. maj. — rest. (2; 53).

[39] C. 1 i. Sto de restitutione in integrum (1; 21). Clem. un. de in integrum restitutione (1; 11). Vgl. auch C. P. O. §. 210.

[40] Manche stellen die Bevormundeten den Minderjährigen gleich. Man beruft sich dafür auf Stellen, wie l. 8 §. 2, l. 11 D. de reb. eor. (27; 9); l. 15 §. 1 D. de cur. fur. (27; 10); c. 3 C. de in int. rest. min. (2; 21). Hiernach sind in gewissen Beziehungen Wahnsinnige, Verschwender und Minderjährige einander gleich gestellt. Daraus folgt nicht, daß dies in allen Hinsichten der Fall sein müsse. Und da auch eine Gesetzesanalogie nicht anwendbar ist, weil eine Gleichheit des

cc) Dolus (dolus malus, calliditas, malitia)[41], welcher selten von Bedeutung sein wird, weil Kläger meistens durch eine eigentliche Klage, namentlich eine Contractsklage, die später (vom Prätor Aquilius Gallus im Jahre 688 a. u. c.) eingeführte actio doli oder durch eine exceptio doli geschützt sein wird. Insbesondere weil die Restitution auch in rem erfolgen und eine rei vindicatio verschaffen kann, geht sie weiter, als jene Klagen sammt der exceptio doli und hat deshalb bisweilen ein besonderes Interesse für den Verletzten, namentlich im Fall der Zahlungsunfähigkeit dessen, der sich eines Dolus schuldig gemacht hat.[42]

Die actio doli ist allerdings subsidiärer, als eine Restitution aus einem anderen Grunde, als wegen Dolus, aber weniger subsidiär, als eine Restitution wegen Dolus.[43]

dd) Zwang und Furcht (vis et metus) von erheblicher Art[44], wovon im Allgemeinen dasselbe gilt. Hier werden eine Contractsklage, sowie die actio oder exceptio metus causa der Regel nach ausreichen. Nichtig macht selbst ein metus causam dans das negotium bonae fidei nicht, so wenig als ein dolus causam dans. Im Uebrigen wirkt allgemein der metus in rem, der dolus, abgesehen von der Restitution wegen Dolus, nur in personam.

ee) Gerechter Irrthum (error justus, probabilis, tolerabilis).[45] Ein wesentlicher Irrthum begründet eine Nichtigkeit, so daß es keiner Restitution bedarf. Ein außerwesentlicher ist, wenn nicht durch besondere Klagen (z. B. die condictio indebiti) gesorgt oder eine Resti-

---

Grundes nicht zugegeben werden kann, ist den Bevormundeten das Recht der Minderjährigen auf Restitution zu versagen.

[41] L. 1 D. de in int. rest. (4; 1). Vgl. auch l. 6 §. 2 D. de J. D. (23; 3). Die Ansicht Einiger, als ob der Dolus, abgesehen vom Proceß, gar nicht als Restitutionsgrund gelten könne, geht zu weit, wie namentlich auch die Citate der folgenden Note ergeben.

[42] §. 6 J. de act. (4; 6).
L. 1 §. 5 D. de separ. (42; 6).
L. 18 D. de interr. in jure (11; 1). C. 2 C. de praed. et al. reb. min. (5; 71). Vgl. auch l. 9 §. 4 und 6 D. quod met. causa (4; 2).

[43] §. 6 J. de act. (4; 6).
L. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4; 1). L. 1 §. 6, l. 7 pr., l. 38 D. de dolo malo (4; 3). L. 18 D. de interr. in jure (11; 1). L. 1 §. 5 D. de separ. (42; 6). Die l. 7 §. 1 D. (4; 1) ist auf den Fall einer Restitution wegen absentia zu beziehen, wie die Worte „restituere litem" ergeben.

[44] L. 1—6 D. quod met. causa (4; 2).
L. 1 D. de in int. rest. (4; 1).

[45] L. 2 D. eod. l. Vgl. Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, 1. Abth. (Göttingen 1828), S. 64—94.

tution wegen eines anderen Grundes, insbesondere auch wegen Abwesenheit, begründet ist, der Regel nach nicht von rechtlicher Erheblichkeit. Im Civilrecht ist der Irrthum nur in wenigen Fällen ein Restitutionsgrund, z. B. nach Römischem Recht[46] die justissima ignorantiae causa gegen die Geltendmachung des beneficium separationis von Seiten eines Erbschaftsgläubigers[47]; ferner wenn Jemand irrthümlich einen Anderen für den Vormund eines Mündels gehalten und unter dessen auctoritas oder Consens mit dem letzteren processirt oder sonst ein Geschäft geschlossen oder auch mit dem vermeintlichen Vormund selbst contrahirt hat, in welchem Falle er Restitution erhalten kann.[48] Hierher kann man auch die Anfechtung einer außergerichtlichen oder auch in Folge der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommenen gerichtlichen Theilung einer gemeinschaftlichen Sache rechnen, mag eine Verletzung über die Hälfte vorliegen oder nicht. Beim Irrthum im Antheile (z. B. mehrere Miteigenthümer sind als zu gleichen Theilen mitberechtigt behandelt, während sie es zu ungleichen Theilen sind) oder in Ansehung der zu theilenden Sachen (indem auch Sachen, die gar nicht gemeinschaftliche waren, mitgetheilt sind) wird leichter, als beim Irrthum in Betreff des Werths, die Restitution bewilligt werden können.[49]

Endlich dürfte auch allgemein dann, wenn es zur Beseitigung einer besonderen Härte erforderlich ist, wegen Irrthums restituirt werden können.[50]

---

[46] Ueber das jetzige Recht vgl. oben §. 367 Note 7.

[47] L. 1 §. 17 D. de separ. (42; 6).

[48] L. 1—6 D. quod falso tut. (27; 6). Die Restitution ist natürlich nicht zu ertheilen, wenn in Folge einer Nichtigkeit eine Verletzung überall nicht vorliegt oder der Verletzte eine Klage hat, insbesondere die actio in factum gegen den falsus tutor (s. oben §. 53). Die Restitution auf den Fall zu beschränken, daß der Verletzte unter auctoritas des vermeintlichen Tutors gegen den Mündel geklagt habe, dazu ist kein Grund vorhanden.

[49] Vgl. c. 3 C. comm. utr. jud. (3; 38). Wenn der Irrthum im Antheile darin besteht, daß einzelne Sachen aus Versehen gar nicht mitgetheilt, also auch Einem in keiner Weise ausdrücklich oder stillschweigends zugewiesen sind, so würden sie noch nachträglich zu theilen sein, ohne daß es einer Restitution bedürfte. Ein Rechnungsfehler würde ebenfalls stets ohne Restitution rückgängig gemacht werden können.

[50] Es ist doch einmal in l. 2 D. de in int. rest. (4; 1) der justus error ganz allgemein als Restitutionsgrund hingestellt. S. auch l. 1 §. 6 D. quod falso tut. (26; 7); c. 1 X. de in int. rest. (1; 41), und oben §. 111 Note 5. Mit dem im Text aufgestellten Schlußsatz scheint mir auch Keller, Pandekten (Leipzig 1861), §. 105 a. E. übereinzustimmen. Vgl. andererseits Seuffert's Archiv 34. B. Nr. 266, und Burchardi, System des Römischen Privatrechts, §. 88, welcher den Irrthum nicht allgemein als Restitutionsgrund zuläßt.

6) Der Antrag ergibt sich aus dem zu 4 Bemerkten.[51]

[51] „Die Kosten der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat stets derjenige zu tragen, der darum nachsucht." So nach Elvers, Themis, 1. B. Heft 1 (Göttingen 1827), S. 154 Nr. 38 in Gemäßheit eines Erkenntnisses der Göttinger Juristenfacultät vom Juli 1826. Für die Zeit vor dem 1. October 1879 kann ich jenem Satze doch nur mit der Beschränkung zustimmen, daß statt „stets" gesagt werde: der Regel nach. Nach der C. P. O. werden die §§. 87—100, insbesondere die §§. 87 und 89, maßgebend sein müssen. Mit anderen Worten heißt dies, daß der Beklagte, welcher den Anspruch nicht anerkennt, sondern nach contradictorischer Verhandlung unterliegt, der Regel nach die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben wird.

Register

unter Angabe der Paragraphen und bei umfangreichen Paragraphen auch in Klammern der Ziffern oder Buchstaben oder Noten in denselben. Die Ziffern ohne Zusatz beziehen sich auf den Text.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

Brinkmann, Alfred,

Die Begründung der Klagen des Reichsrechts und des gemeinen Rechts nach dem Reichscivilproceß

Bd.: 2

Leipzig 1883